Die

Form der Rechtsgeschäfte

im

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät

zu Rostock vorgelegt

von

Cornelius C. Loewe.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin.

Druck von Trowitzsch & Sohn.

1899.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung:

Formelle, formlose Rechtsgeschäfte — Arten der Form — historische Entwicklung der Formen — Uebergang vom Formzwang zur Formfreiheit 9

II. Ausführung:

§ 1. I. Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuchs im allgemeinen. (Formzwang oder Formfreiheit? — Zweck der Form) 17

§ 2. II. Die Formen des bürgerlichen Gesetzbuchs 23

1. Die Schriftform 24

A. Gesetzliche Schriftform 26

B. Gewillkürte Schriftform 42

Telegraphische Uebermittlung 44

Briefwechsel 48

Nachträgliche Beurkundung 52

Ersatz der Schriftform durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung . . . 53

		Seite
§ 3.	2. Formen unter Mitwirkung Dritter	54
	A. Die notarielle oder gerichtliche Beurkundung	57
	a) Beteiligung, bezw. Mitwirkung Dritter Beteiligte — Mitwirkende	61
	b) Das Protokoll	66
§ 4.	B. Die öffentliche Beglaubigung	70
§ 5.	C. Oeffentliche Urkunden	75
§ 6.	D. Abschluß vor Gericht oder einem Notar .	76
§ 7.	3. Folgen der Formvernachlässigung	78
§ 8.	4. Kann der Formmangel geheilt werden? . . .	84

Litteratur.

Regelsberger:	Pandekten I 1893.
Dernburg:	Pandekten I—III 1896/97.
Hoelder:	Pandekten 1891.
Gierke:	Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht 1889.
Boyens	i. d. Gutachten aus dem Anwaltstande 1889 S. 1051 ff.
Bähr:	Zur Beurteilung des Entwurfs ꝛc. 1888 S. 13 ff.
Schilling:	Aphorismen zu dem Entwurf ꝛc. 1888 S. 40 ff.
Stolterfoth:	Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs ꝛc. 1890 S. 66 ff.
Rocholl:	Vorschläge zur Abänderung ꝛc. 1890 S. 45 ff.
Endemann:	Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1897.
Cosack:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I 3. Aufl.
Matthiaß:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1899. Vergl. dort Bd. I § 51 Note 1 die eingehenden Litteraturangaben.
Bunsen:	Einführung in das B. G. B. 1897/98.

Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht 1898 ff. (I. Bd. Heft I von Enneccerus).

Krückmann: Institutionen des B. G. B. 1898.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des Gemeinen Rechts 1897.

Leske: Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des A. L. R. 1898.

Goldmann und Lilienthal: Das B. G. B., systematisch dargestellt nach der Legalordnung des A. L. R. 1897

Meisner: Das preußische A. L. R. und der Entwurf des deutschen B. G. B. 1890.

Meisner: Kritische Bemerkungen zur Schlußrevision des Entwurfs des B. G. B. 1896.

Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs in der dem Reichstag gemachten Vorlage. 1. Heft, allgemeiner Teil 1896.

Hachenburg: Das B. G. B., Vorträge, I, 2. Aufl. 1899.

Weyl: Vorträge über das B. G. B. I 1898.

Hellmann: Vorträge über das B. G. B. (§ 16).

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (1897) Bd. I.

Fischer und Henle: Bürgerliches Gesetzbuch II. Aufl. 1898.

Neumann: Handausgabe des B. G. B. 1898.

Rehbein: Das B. G. B. 1898 (Handausgabe).

Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte (Bekker und Fischer's Beiträge) 1889.

Gutachten aus dem Anwaltstande (1888).

Tränkner: Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht u. Prozeß Bd. VII S. 321 ff.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. I und II 1885/86.

Ihering: Geist des römischen Rechts Bd. II Abt. II 4. Aufl. 1883.

Völderndorf: Die Form der Rechtsgeschäfte, Nördlingen 1857.

Jacoby i. d. Annalen d. D. R. 1889. S. 653 ff. — Klöppel in Gruchot's Beiträgen Bd. 32 S. 638 ff. — Hellmann i. d. Gutachten aus dem Anwaltstande S. 497 ff. — Hoelder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73 S. 88 ff. — Meyer im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 87 S. 77 ff. 1897. — Weißler in der Deutschen Juristenzeitung 1897 Jahrg. II S. 136 ff, 158 ff, 460 ff; 1898 Jahrg. III S. 39 f. — Eccius in der Deutschen Juristenzeitung 1898 Jahrg. III S. 26 ff. — Eck in der Deutschen Juristenzeitung 1898 Jahrg. III S. 16 f. — Meisel in der Deutschen Juristenzeitung 1898 Jahrg. III S. 42 f. — Stammler in der Deutschen Juristenzeitung 1897 Jahrg. II S. 434 ff.

Dorner: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1899.

Schneider: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1898.

Rausnitz: Der Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Vortrag (Heft 7 der Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins) 1898.

Weißler: Das Notariat der preußischen Monarchie 1896.

Die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Motive:	Motive zum ersten Entwurfe Bd. I—V.
Denkschrift	zur Reichstagsvorlage des B. G. B.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I—V.
Denkschrift	zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Anlageband I zu den stenographischen Berichten des Reichstages 9, Legislaturperiode V, Session 1897/98.

Einleitung.

Auf jeder Stufe der Rechtsentwicklung findet sich der Unterschied zwischen solchen Rechtsgeschäften und Willenserklärungen,[1]) deren Rechtswirksamkeit von der Beobachtung gewisser Formen abhängig gemacht, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Die erstgenannten pflegt man als formelle, die letzteren als formlose zu bezeichnen.

Diese Unterscheidung ist nicht als ein unbedingter Gegensatz anzusehen. Denn absolut formlose Rechtsgeschäfte, d. h. solche, die jeder Form entbehren, sind schlechterdings nicht denkbar.[2]) In irgend einer Form muß der dem Rechtsgeschäfte zu Grunde liegende Wille in die äußere Erscheinung treten, sofern er eine rechtliche Wirkung ausüben soll.

In der Regel sind der Willensäußerung verschiedene Möglichkeiten geboten; das gesprochene Wort, die Schrift, Zeichensprache, schlüssige (konkludente) Handlungen und Unterlassungen[3])

---

[1]) Ueber das Verhältnis vom Rechtsgeschäft zur Willenserklärung vgl. Regelsberger S. 492 — Endemann S. 265.

[2]) Cosack S. 175. Der Grundsatz, daß ein Rechtsgeschäft formlos vorgenommen werden kann, „will aber nicht besagen, daß es jeder äußeren Gestalt entbehren könne." . . .

[3]) Schlüssige Handlungen: „nur Willensverräter." Regelsberger S. 502.

(Nicken, Winken, Hinzeigen, Handschlag,[1]) Schweigen[2]) und zahllose andere Modalitäten) sind je nach Umständen geeignet, eine Willensmeinung in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen. In der Regel bleibt die Wahl des Ausdrucksmittels, sofern es nur dem Erfordernis der Deutlichkeit und Vernehmlichkeit[3]) entspricht,[4]) dem Erklärenden überlassen, in anderen Fällen ist die Wahlfreiheit beschränkt.[5])

Dort, wo eine derartige Beschränkung in der Wahl der Ausdrucksmittel rechtlich ausgesprochen ist, spricht man von formellen Rechtsgeschäften und Willenserklärungen, dort, wo die Wahl frei ist, von formlosen. Der Zwang, bestimmte Ausdrucksmittel zu verwenden oder zu vermeiden, ist das ausschlaggebende Moment für die Unterscheidung, nicht die Art des gebotenen oder ausgeschlossenen Erklärungsmittels.[6]) Wenn

---

[1]) Vgl. Heusler II S. 245, 252.

[2]) Vgl. Regelsberger S. 502, 506 Anm. 17/18. Ueber die Bedeutung des Stillschweigens im R. H. G. B.: §§ 362, 377 Abs. 2, 3. 378, 386 Abs. 1, 391 sowie generell § 346 („Unterlassungen"). Rehbein das B. G. B. S. 153 ff. — Ferner E. v. 29. 10. 1870, 11. März u. 8. Sept. 1874, R. O. H. G. Bd. I S. 77, Bd. 13 S. 45, Bd. 14 S. 371.

[3]) Vgl. Ulp. XX 7 Paul S. R. III 4a § 4 quia testes testimonium sibi perhibentes audire potest. Vgl. Ihering S. 545.

[4]) Endemann S. 266 ff. „Anerkannte sociale Verkehrsformen". Auch Aufstellen neuer Automaten, Einsteigen in die Pferdebahn.

[5]) Die sponsio für Peregrinen und res nec mancipi ausgeschlossen, — nur Militärpersonen haben die Erleichterung d. bezügl. Testamentsformen. — Vgl. B. G. B. § 2243, 2238, wonach Minderjährige und Analphabeten nicht holographisch testieren dürfen.

[6]) Regelsberger S. 502: „Formlose Willenserklärungen kennzeichnen sich dadurch, daß ihre rechtliche Giltigkeit nicht von der Wahl einer bestimmten Aeußerungsart abhängig ist." — Matthiaß I S. 177: „Die vom Recht ausgesprochene Gebundenheit der Partei an eine oder (alternativ) an mehrere Aeußerungsmittel macht die Willenserklärung zu einer formellen, nicht die Mittel an sich."

Endemann (S. 269) sagt: „bei allen formellen Rechtsgeschäften muß die Erklärung in Worte gefaßt sein", also den Schwerpunkt nicht auf das Moment des Zwanges, des Ausschlusses der Wahlfreiheit legt, so erscheint diese Auffassung u. E. nicht zutreffend. Der formelle Gesindevertrag des preuß. Rechts (Pr. Ges.-Ord. v. 18. 10. 1810 §§ 22, 23), der durch einfache Hingabe des Mietsgeldes geschlossen wird erfordert beispielsweise keinerlei wörtliche Erklärung.

Mag auch in einem besonderen Falle, wo eine bestimmte Form der Willensäußerung nicht vorgeschrieben ist, ein Rechtsgeschäft unter Beobachtung der strengsten Förmlichkeiten vorgenommen sein, — es wird dadurch nicht zu einem formellen, anderseits ist ein Rechtsgeschäft als ein formelles auch dann anzusehen, wenn die Zwangsform jeder Feierlichkeit und Strenge entbehrt.[1])

Auch dann, wenn persönliche oder sachliche Umstände im besonderen Falle eine Wahl der Ausdrucksmittel ausschließen und nur ein einziges bestimmtes Mittel übrig lassen, wenn also der thatsächliche Zwang[2]) eintritt, ein bestimmtes Mittel zu gebrauchen oder zu meiden, wird das Rechtsgeschäft nicht zu

---

[1]) So bei einfachem Briefwechsel, der nach A. L. R. I 5 § 142 die Schriftform ersetzt, ebenso bei Briefform und Telegrammen im Falle des § 127 B. G. B. — Vgl. dagegen die nach dem obigen nicht für zutreffend anzusehende Auffassung Cossacks (S. 175), der das Unterscheidungsmerkmal der Formlosigkeit in der „einfachen und elastischen" Art der Formen erblickt.

[2]) So ist ein Abwesender oder Stummer thatsächlich gezwungen, an Stelle einfacher mündlicher Erklärung selbst bei rechtlich formlosen Rechtsgeschäften, sich der Schriftform zu bedienen, ein Blinder verhindert, sich schriftlich zu erklären. Starker Lärm in der Umgebung wird zuweilen den Gebrauch stummer Gesten zweckmäßiger erscheinen lassen, als Worte, während fehlende Beleuchtung die Verständigung durch Schrift oder Zeichensprache thatsächlich ausschließt.

einem formellen, da eben nur der rechtliche Zwang entscheidet.

Unter den verschiedenen Formen, die geschichtlich in den verschiedenen Rechtssystemen zu Tage getreten sind (vgl. unten) und deren Ursprung und Zweck im einzelnen sich nicht in allen Fällen völlig aufklären läßt,[1]) lassen sich offensichtlich besondere Elemente ausscheiden, die sich überall und zu allen Zeiten wiederholen. Unerläßliche Grundlage jeder Form ist ein zum Ausdrucke eines Willens geeignetes Mittel, nämlich: gesprochene Worte — Schrift[2]) — Handlungen. Mindestens eins dieser Elemente findet sich bei jeder Form, bei manchen Formen tritt eine Kombination[3]) zweier oder mehrerer dieser Elemente ein, bei anderen treten noch weitere Erfordernisse und Bestandteile hinzu, die teils unbekannter Herkunft sind, teils symbolisch[4]) einen Zweck andeuten, teils besonderen Zwecken ihren Ursprung verdanken.[5])

---

[1]) Vgl. über „residuäre" Formen, die gewissermaßen als „Niederschlag vergangener Zustände „caput mortuum" zurückgeblieben sind, Ihering a. a. O. S. 509 ff. — ferner mehr oder minder unerklärliche Formen deutschen Ursprungs: Strohwisch als Pfandzeichen, — Entsippung durch Zerbrechen von drei Erlenzweigen vor Gericht nach Lex Salica cap. 60 — Daumenkrümmen, „Stupfen", Uebergabe von Rasen und Zweig bei Eigentumsübertragung u. s. w.

[2]) Auch bloße Buchstaben z. B. U. R., N. L. bei der Abstimmung im röm. Recht.

[3]) Kombinierte Formen: Stipulation, die Mündlichkeit, Feierlichkeit und Gleichzeitigkeit vereinigt; — auctoritatis interpositio des tutor. (Vgl. Dernburg III S. 79.)

[4]) Affatomie Heusler II S. 621. Legitimation der „Mantelkinder".

[5]) Besonderen praktischen Zwecken dient z. B. das wörtliche Nachsprechen der Erklärung des Gegners anstatt der einfachen Bejahung (spondesne . . . . — spondeo), indem es Mißverständnisse verhindert. (Ihering a. a. O. S. 557 ff —) ferner: Siegel und bezw. Verschluß im Interesse einer Sicherung des Inhaltes gegen Verfälschung, als Merkmal zur Feststellung der Identität, z. B. beim Testament.

Jedes der obigen drei Elemente hat in sich wiederum eine besondere Ausbildung erfahren. Für wörtliche Willensäußerungen sind bald mehr, bald minder streng[1]) bestimmte, solenne Wortformen und Formeln vorgeschrieben, deren Gebrauch weiterhin durch zwingende örtliche oder zeitliche Beschränkungen[2]) verschärft ist, wie z. B. bei dem testamentum comitiis calatis, in procinctu. In ähnlicher Weise haben bei der schriftlichen Willensäußerung sich weitere Erfordernisse ausgebildet. Die Entwicklung und Ausbildung der Formen in den verschiedenen Rechtssystemen ist keineswegs von vornherein auf zielbewußte Rechtsschöpfung der Gesetzgeber[3]) zurückzuführen. Die Formen sind älter als die Kodifikationen. Zum Teile sind sie religiösen Ursprungs[4]), zum Teile sind sie aus dem Volksleben als „residuäre Formen" in die Rechtsübung übergegangen und erst auf einer späteren Stufe sind sie von den gesetzgebenden Faktoren den jeweiligen Zwecken[5]) entsprechend teils umgebildet, teils neu geschaffen worden.

Sowohl das römische wie das deutsche Recht sind von dem Formzwange ausgegangen. Die frühere Anschauung, daß dem deutschen Rechte die formale Willenserklärung unbekannt

---

[1]) z. B. „Dare damnas esto" — bei der legis actio sacramento: hanc ego rem . . . . — Ueber die Strenge der verba solemnia vgl. Gaj. Inst. IV § 11: Ihering a. a. O. S. 479, 580, 484, 514.

[2]) Ueber Ort- und Zeitbestimmungen vgl. Ihering a. a. O. S. 474, 664, 666. —

[3]) Ueber naive und tendenziöse Formen, sowie über die Thätigkeit der Jurisprudenz bei Neuschaffung und Ausbildung der Formen vgl. Ihering a. a. O. S. 599 ff., S. 474 ff.

[4]) z. B. arrogatio, confarreatio, vgl. über den von Ihering in eingehendster Beweisführung bestrittenen religiösen Ursprung der Legisactionen Ihering a. a. O. S. 660 ff.

[5]) Ueber die Zwecke der Formen vgl. Regelsburger S. 499, Planck S. 177.

und daß lediglich das formlose Wort bestimmend und verbindlich gewesen sei, ist endgiltig aufgegeben. Die neueren Untersuchungen haben ergeben, daß auch im deutschen Rechte strengster Formzwang geherrscht hat und daß „auch die Deutschen auf das deutsche Manneswort von alters her nicht halb so fest gebaut haben, wie man sich einreden möchte.“ [1]) Die strengeren Formen des römischen Rechts machten allmählich einer zunehmenden Formlosigkeit Platz. Der entwickelte Verkehr empfand die Formen als unbequem, zeitraubend und kostspielig, und die mit ihnen verbundene Gefahr, daß ernstgemeinte Willensäußerungen wegen Vergreifens in der Form kraftlos werden, führte dahin, daß die Rechtsentwickelung über die überkommenen Formen hinwegging und vorwiegend nur noch die Zweckmäßigkeit entscheiden ließ.[2]) So machte allmählich der Formzwang im römischen Rechte einer steigenden Begünstigung der Formlosigkeit Platz.

Im deutschen Rechte fand das Prinzip der Formlosigkeit erst mit dem Eindringen des römischen Rechtes infolge Zusammenwirkens eigenartiger Umstände Eingang. Der reine deutsche Formalvertrag, der bereits in fränkischer Zeit an die Stelle des

---

[1]) Heusler a. a. O. S. 227.

[2]) Dernburg II S. 226 ff. — Für den allmählichen Fortgang von der Formstrenge zur Formfreiheit mögen folgende Momente, die bei der Entwickelung wesentlich mitgewirkt haben, angeführt sein:

Unmöglichkeit, im Verkehr mit Peregrinen die strengen Formen anzuwenden — Notwendigkeit des Vertragsschlusses unter Abwesenden, daher Ersatz der Stipulation durch den schriftlichen Vertrag, der anfänglich neben die (nicht an Stelle der) Stipulation tritt. — Eindringen der Formlosigkeit aus Griechenland (Dernburg II § 18) — Nudus consensus für die alltäglichen Geschäfte, XII Tafeln (uti lingua nuncupassit . .) klagbare pacta (constitutum und Schenkung), — Formerleichterungen, um bestimmte Rechtsgeschäfte zu begünstigen (z. B. Dos, Legitimation . . .) u. s. f.

Wettvertrages und neben den im ältesten Rechte allein geltenden Realvertrag trat, verlor mit der Rezeption des römischen Rechts seinen Boden. Eine Abänderung des deutschen Formalvertrages im Sinne der römischen Stipulation oder die Aufnahme der letzteren war unmöglich. Aber auch der römische Realvertrag vermochte nicht einzudringen. Da nun auf diese Weise weder der römische noch der deutsche Formenschutz Geltung hatte, trat als Lückenbüßer die Regel ein: „Auch der formlose Vertrag ist verbindlich.“ [1])

Die natürliche Folge dieser Entwicklung war, daß die Formlosigkeit, die das römische Recht nur für Konsensualverträge und pacta kannte, sich im gemeinen Rechte auf alle obligatorischen Rechtsgeschäfte ausdehnte, und daß der Formzwang — abgesehen von der Vereinbarung der Beteiligten — nur in den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen verblieben ist, die sich auf die Akte des Familienrechts,[2]) Schenkungen[3]) über 500 soldi, und letztwillige Verfügungen beziehen.

Der gemeinrechtliche Grundsatz der Formfreiheit ist in einzelnen neueren Landesrechten eingeschränkt[4]) und im preuß. A. L. R. für Verträge von 50 Thalern aufwärts grundsätzlich, im Code civil auf dem Wege der Beweisbestimmungen verlassen worden.[5]) Die neuesten Kodifikationen und Ent-

---

[1]) Cosack S. 288. — Seuffert z. Geschichte d. obligatorisch. Verträge § 81.

[2]) Dem Formzwang sind beispielsweise unterworfen: die Eheschließung (coram parocho et duobus vel tribus testibus) — die Adoption zu gerichtlichem Protokoll (11 C. de adoptionibus 8, 48).

[3]) Schenkung — gerichtl. Insinuation.

[4]) Insbesondere ist für die Rechtsgeschäfte über Grundstücke zuweilen schriftlicher oder gerichtlicher Abschluß vorgeschrieben.

[5]) A. L. R. I 5 §§ 131, 155, 128 — die Bestimmungen des Code civil 1341 ff., 1353, 1715, 1834, 1923, 1985, 2044, 2085 sind übrigens bereits durch E. G. zur C. P. O. § 14, 2 aufgehoben. Für diesen

würfe lenkten jedoch wieder in die Bahnen des alten Rechts ein.[1])

Die Formfreiheit galt auch für das alte H. G. B., wo sie ausdrücklich als Grundsatz ausgesprochen war,[2]) die Ausnahmen dieses Gesetzbuches[3]) sind zum großen Teile auch im N. H. G. B. beibehalten. Auch in anderen Reichsgesetzen gilt Formfreiheit, wenn auch überall aus Zweckmäßigkeitsgründen Formbestimmungen aufgestellt sind.[4]) Die der formalen Natur des Wechsels und seiner Rechtsverhältnisse entsprechenden for-

---

indirekten Formzwang durch Beweisvorschriften findet sich ein Analogon im deutschen Recht. Bei Klagen um Schuld war nur Gerichtszeugnis, nicht Beweis durch außergerichtliche Zeugen statthaft. Im altgriechischen Recht hingegen, wo die Schriftform Regel war, wurde diese durch Zeugen ersetzt. Vgl. Dernburg II S. 18.

[1]) Sächs. Ges.-Buch §§ 100, 821. — bayr. Entw. T. I Art. 14. — hess. Abt. IV 1 Art. 78. – Dresd. Entw. Art. 76. — Oesterr. Ges.-Buch § 833. — Zürich. Ges.-B. § 911 — Schweiz. Ges. über d. Oblig. R. Art. 9.

[2]) H. G. B. Art. 317: „Bei Handelsgeschäften ist die Giltigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung und andre Förmlichkeiten nicht bedingt." In das N. H. G. B. ist dieser Grundsatz, weil bereits durch das B. G. B. entbehrlich, nicht ausdrücklich aufgenommen.

[3]) H. G. B. Art. 175, 209. — N. H. G. B. § 321, 182 B. G. B.
175c, 209e. — 323, 189
683 — 682,
310, 310 . . . . . § 1233.

Bürgschaft, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis seitens eines Kaufmannes bedürfen jedoch nicht der nach B. G. B. (§§ 766, 780, 781) vorgeschriebenen Schriftform. N. H. G. B. § 350.

[4]) So z. B. Gew. O. §§ 31, 55, 60d Abs. 2, 73, 75, 92, 107, 110 ff., 112, 128, 129, 130, 131, 134a, 134b, 138; Börsengesetz v. 22. 6. 96: §§ 33, 57, 58, 59; C. P. O.: §§ 76, 380, 381, 405 444, 445, 446, 702 u. a. m.

malen Vorschriften[1]) können selbstredend nicht als eine grundsätzliche Abweichung von dem in den neuesten Gesetzgebungen zur Aufnahme gelangten Grundsatze der Formfreiheit angesehen werden.

---

§ 1.

I. Standpunkt des B. G. B. im allgemeinen.

Das B. G. B. hat im E. I (§ 91 Abs. 1) und II (§ 104) seinen Standpunkt gegenüber der Formenfrage im Allgemeinen in dem Satze zum Ausdruck gebracht:

„Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist."

Die II. Kommission war sich darin einig, daß dieser Satz an sich selbstverständlich und nur im Hinblick auf die abweichenden Bestimmungen im A. L. R. und Code civil, also von vorübergehendem Werte sei. Auch die dem Einwande, daß die Bestimmung keinen Rechtssatz, sondern ein zum Ausspruche im Gesetze nicht geeignetes, legislativpolitisches Prinzip ausspreche, entgegengehaltenen Gründe konnten mit Recht als stichhaltig nicht erachtet werden.[2]) Der Satz ist deshalb in dem E. III lediglich aus diesen Erwägungen gestrichen.

Nur soweit durch Gesetz oder Rechtsgeschäft Formen vorgeschrieben sind, ist hiernach bei Rechtsgeschäften die Beachtung bestimmter Formen erforderlich.

---

[1]) W. O. Art. 4 („Wechsel"), Art. 11 („Indossament"), Art. 21 (Accept), Art. 20, 25, 29, 41, 62. (Protest gemäß Art. 87 durch Notar vor Gericht.)

[2]) Planck S. 175. Prot. I S. 88.

Die grundsätzlich der Formfreiheit günstige Stellungnahme der Entwürfe und der Motive[1]) ist im Allgemeinen seitens der Kritik[2]) gebilligt worden, und nur vereinzelte Stimmen haben sich zu Gunsten des Formzwanges[3]) des A. L. R. ausgesprochen, dessen generelle Bestimmungen (des Th. I 5 § 116) bereits längst durch Ihering, der im allgemeinen dem Formzwange keineswegs feindlich gegenüberstand, eine durchaus abweisende Kritik[4]) erfahren hatten. Zu Gunsten der Formfreiheit sprachen die bereits in den Motiven geltend gemachten allgemeinen, sowie besondere Gründe, wie die Rücksichten auf das sächsische, das gemeine, das bestehende Handels- und Prozeßrecht, die allgemeine Stimmung der Juristenwelt und hauptsächlich die Rücksicht auf die mit dem Formzwange verbundene „Verkehrserschwerung, Verwirrung und Rechtsunsicherheit".

Die grundsätzliche Frage, ob die Formfreiheit oder der Formzwang den Vorzug verdiene, ist aber vom B. G. B., welches nur die Regel der Formfreiheit aufstellt, nicht entschieden, ja

---

[1]) Motive S. 179 ff. Denkschrift S. 21 ff.

[2]) Brunner: 22. Juristentag Bd. 4. 88—61. Verh. des 10. Juristentages Bd. II S. 50, i. d. 22. V. Bd. 4. S. 84. — Gutachten aus d. Anwaltsstande S. 1051 . . . . . „weil dadurch mindestens die häufig so subtilen Untersuchungen, ob ein Handelsgeschäft vorliege oder nicht, hinfällig werden. Dieselbe Wohlthat würde auch den Rechtsgebieten, in denen das A. L. R. nicht gilt, zu Teil. . . . Es entspricht der natürlichen Entwicklung, wenn das neue Reichsrecht sich dem bereits bestehenden Reichsrechte anschließt, welches sich seinerzeit aus dem Preußischen A. L. R. entwickelt, also nicht seine Wurzeln in spezifisch handelsrechtlichen Anschauungen hat.

[3]) Eccius Theorie und Praxis 6. Aufl. I. § 79.

[4]) Ihering a. a. O. II, 2 S. 484 ff: „Ein solches völlig prinziploses Schwanken zwischen Form und Formlosigkeit ist geeignet, das Gefühl des Schwindels und der Seekrankheit zu erregen."

kaum berührt. Die in den Motiven (Band I S. 180 ff.) einander gegenübergestellten Gründe für und wider, denen die Denkschrift[1]) Neues nicht hinzugefügt hat, sind auch bei den Kommissionsberatungen einer besonderen Diskussion nicht unterzogen worden. (Prot. I S. 87.) Eine solche war eben deshalb gegenstandslos, weil der Entwurf von vornherein durch Berücksichtigung zahlreicher Ausnahmen[2]) von der Regel der Formfreiheit eine zwischen Formfreiheit und Formzwang die Mitte haltende Stellung eingenommen hat, die denn auch in den späteren Stadien grundsätzlich und ohne Anfechtung beibehalten worden ist. Thatsächlich ist die Zahl der dem Formzwang unterliegenden Rechtsgeschäfte in den späteren Entwürfen, bezw. von der Reichstagskommission vermehrt worden.[3])

Durch das B. G. B. hat daher die allgemeine Frage: „Formzwang oder Formwahl?"[4]) an wissenschaftlichem Interesse nicht verloren. Unerläßliche Voraussetzungen für die Lösung der Alternative ist die Beantwortung der Frage nach

---

[1]) Denkschr. S. 22. „Die Verwerfung des Formzwanges als Regel hindert aber nicht, daß für einzelne Rechtsgeschäfte sowie für einzelne Arten von Rechtsgeschäften eine Form vorgeschrieben wird."

[2]) Die Ausnahmen von der Regel der Formfreiheit gründen sich je nach der Art der bezüglichen Rechtsgeschäfte auf verschiedene Rücksichten, so: bei § 780, 781 B. G. B. die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs" (Mot. II S. 689); bei § 2371 auf die Absicht, den Verkäufer gegen Uebereilung zu schützen (Prot. II S. 114 ff. und ähnlich: Prot. I S. 461, Mot. II S. 293, Mot. II S. 660) — dazu, wie über die Formvorschriften als Schutzmaßregeln für die „schwächere Partei" vergl. Hachenburg, das B. G. B. S. 81 ff.

[3]) Z. B. § 750 (Bürgschaftserklärung; 761 Leibrentenversprechen.) — Vergl. dazu: Meisner, das A. L. R. S. 52 ff.

[4]) Vgl. über diese Frage: Savigny: System III, S. 238 und Obligat. R. II S. 218. — Ihering: Geist d. römisch. Rechts II_2. S. 470 bis 676. — Völderndorf: Die Form der Rechtsgeschäfte (1857).

den Zwecken der Form. Gerade dann, wenn es sich um Abschaffung und Neuschaffung von Formen handelt, — ein Fall, der auch in Zukunft, besonders für die im Reichsrecht noch nicht geregelten und die den Landesgesetzen ausdrücklich vorbehaltenen Materien vorkommen kann — ist die Frage nach dem Zwecke der Form von Wichtigkeit. Die Zwecke der Formen sind auch dort, wo, wie im ältesten Rechte, die Formen selbst nicht einem gesetzgeberischen Ziel- und Zweckbewußtsein ihr Dasein verdanken, im allgemeinen immer dieselben.

Die Form soll[1]) — abgesehen von den nicht hierher gehörigen Skripturenrechten, „wo die Urkunde nicht bloß Entstehungsgrund, sondern auch Träger des Rechts ist" — die Ernstlichkeit des Geschäftswillens außer Zweifel setzen, Besonnenheit und Überlegung vor und bei Abschluß des Rechtsgeschäftes herbeiführen, Zweideutigkeit in der Bezeichnung des gewollten Rechtsgeschäftes und im Ausdrucke des Willens verhindern, den Willen zu vollständigem[2]) Ausdruck bringen, das abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen Bestreitung und seine Beweisbarkeit für die Zukunft sichern.

Auch die Wahrung der Interessen Dritter, die als Beteiligte bei den Rechtsgeschäften in Betracht kommen oder kommen könnten, ist vielfach der Zweck bestimmter Formen.[3])

[1]) Vgl. Regelsberger S. 499. Ferner Dernburg: III z. B. S. 11 „Vieles spricht dafür, durch eine bestimmte Form das ernste Verlöbnis vom bloßen Getändel zu unterscheiden."

[2]) Vgl. Matthiaß a. a. O. I S. 181. — Über die Formen als Schutzmaßregeln für die schwächere Partei („Warnungszeichen") vgl. Hachenburg, das B. G. B. S. 81 ff.

[3]) Das Testamentum in comitiis calatis im Interesse der Verwandten des Testators, die öffentliche Arrogation im Interesse der Gläubiger; — das heutige öffentliche Aufgebot bei Eingehung der Ehe bezweckt wohl zum Teil auch die Verhinderung von Bigamie im Interesse des verlassenen Ehegatten.

Die Form liegt in der Regel auch im öffentlichen Interesse, selbst wenn im Einzelfalle das Gesetz nur das Partei-Interesse im Auge hat. Außerdem aber kann ein selbständiges öffentliches Interesse an der Form bestehen.[1])

Je nach den besonderen Zwecken gestaltet sich die Form. Gewisse Formen genügen nur einem der vorstehenden Zwecke; andere mehreren.[2])

Den Nachteilen des Formzwanges, die sich — abgesehen von der in der Regel damit verbundenen Kostenvermehrung — auf die beiden Momente der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit[3]) zurückführen lassen, stehen nicht minder wesentliche Vor-

---

[1]) Matthiaß Lehrb. I, S. 181.

[2]) Beispiele für die Abstufungen nach dem Zwecke und dem Grade der Wirksamkeit:

Worte: beliebige, bestimmte, feierliche Worte (heres esto, spondeo) — feierliche Sätze und Formeln, — verschärft durch die Bestimmung sofortiger wortgetreuer Wiederholung u. s. w.

Schrift: Beliebige Wortwahl, mit, ohne Unterschrift, — nur inhaltliche Uebereinstimmung (Briefwechsel) — wortgetreue Uebereinstimmung — bestimmte Formeln — Angabe des Ortes, Datums u. s. w. (Testament, Wechsel . . .)

Mitwirkung Dritter: Des gesamten Volks (testamentum in comitiis calatis) — Regent, weltliche Behörden: Censor (manumissio) — Praetor (legisactio) — König (Denariatio) — Bischof (manumissio per tabulam) — Stadtrath (Auflassung). Ferner: Richter, Notar, weitere Urkundspersonen, als Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Dolmetscher, Zeugen u. s. f.

[3]) Die in den Motiven I S. 180 gestreiften ethischen Einwendungen gegen die Formen bieten nichts Neues, den eingehenden Darlegungen Ihering's (a. a. O. S. 492) gegenüber sollten u. E. alle ethischen Einwendungen gegen den Formzwang verstummen. — Wenn die Motive z. B. sagen: „Mitunter liegt auch in der Sitte und dem Anstande ein Hindernis, die als eine Mißtrauensäußerung aufgefaßte Errichtung einer Urkunde zu

teile gegenüber, die bereits von Ihering in gebührendem Maße betont worden sind.[1])

Nach Abwägung der Vor- und Nachteile wird man mit Ihering zu dem Ergebnis gelangen, daß die „Bilanz zwischen den Vor- und Nachteilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute variiert. Eine Form, die für das eine Institut angemessen ist, würde für das andere unerträglich sein". Nicht minder aber variiert das Verhältnis nach Verschiedenheit der gegebenen historischen Voraussetzungen.

Für das römische Recht bildete die Form die Regel, für das moderne, auf dem Boden des gemeinen Rechts erwachsene Recht die Ausnahme. Dem römischen Volke waren die Formen naive, auf dem Boden des Volkslebens und der Sitte erwachsene, selbstverständliche, nicht äußerlich aufgedrungene oder durch bewußte Zweckmäßigkeitsrücksichten geschaffene Erzeugnisse, das moderne Recht, das durch die eigenartigen Umstände seiner Entwicklung seit der Rezeption seine autochthonen Formen fast gänzlich verloren hat, wird naturgemäß nur durch Zweckmäßigkeitsgründe bestimmt.

Die römische Jurisprudenz stand in intimster Fühlung mit dem Volksleben, die „Allgegenwart der Juristen und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen" beseitigten von vornherein die Vorwürfe der Unbequemlichkeit und Kostspieligkeit, die im modernen Wirtschafts- und Verkehrsleben eine so gewichtige Rolle spielen.

---

verlangen," so dürfte dies nicht eben für die Formfreiheit, sondern für das Gegenteil sprechen. Nur dann kann das Verlangen nach Errichtung einer Urkunde füglich als eine verletzende Mißtrauensäußerung aufgefaßt werden, wenn die Form nicht für Jedermann unbedingt vorgeschrieben ist.

[1]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 470 ff. — „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür" — Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung — . . . . „Das Palladium der Freiheit".

Die vorstehenden Umstände liefern den Beweis, daß die Aufgabe des B. G. B. hinsichtlich der Formfrage nur darin bestehen konnte, in zweckmäßiger Abwägung das rechte Maß zwischen Formzwang und Formwahl in den einzelnen Rechtsgeschäften zu ermitteln und zur Anwendung zu bringen. Eine rein äußerliche Schablonisierung genereller Formvorschriften nach Art des preußischen und französischen Rechts dürfte auch für die Zukunft überwunden sein.

§ 2.

II. Die Formen des B. G. B.

Von den zahlreichen Formen, die das römische, das kanonische und das deutsche Recht geschaffen hatten, ist bereits im gemeinen Rechte eine große Zahl untergegangen,[1]) andere haben die neuen Landesgesetze beseitigt. Nur wenige singuläre Formen hat das Zweckmäßigkeitsprinzip im modernen Rechte neugeschaffen.[2])

Als allgemeine Formen des Rechtsgeschäfts kennt das B. G. B. nur:

---

[1]) So die symbolischen Formen, s. oben S. 6 A. 3 ferner der Bestärkungseid, z. B. die eidliche Bestärkung eines Versprechens (jurata operarum promissio nach der Authentica sacramenta puberum, — eidliche Bestärkung des Verzichtes auf weibliche Rechtswohlthaten, — die eidliche Einwilligung in die sonst ungiltige Veräußerung der Dotalgrundstücke (c. 28 X de jurej 2, 24). Ebenso der Eid zu dem von der Kirche ausgesprochenen generellen Zwecke, unerlaubte und unsittliche Geschäfte unanfechtbar zu machen u. s. w.

[2]) Z. B. Eintragung in das Vereins-, Heirats-, Güterregister u. a. m. Ueber diese „Rechtsformen" zum Unterschiede von den „Geschäftsformen" vgl. Matthiaß a. a. O. I. S. 181.

a) die Schriftform,
b) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung,
c) die Beglaubigung (gerichtliche oder notarielle und die öffentliche Beglaubigung),
d) der Abschluß vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien,
e) öffentliche Urkunden im Sinne der §§ 1718, 1720.

Eine ausführliche Behandlung läßt das B. G. B. selbst nur der Schriftform angedeihen, während es hinsichtlich der übrigen genannten Formen durch das Reichs-Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit ergänzt wird. Eingehende Bestimmungen enthält das B. G. B. ferner über die Form der Testamente und Erbverträge.

Gegenstand der nachfolgenden Darstellung ist die Behandlung der oben a—e benannten Formvorschriften nach B. G. B. unter Zuziehung des Gesetzes über die F. G., während die Bestimmungen betreffend die Testamente bei der Darstellung der analogen Vorschriften über die notarielle oder gerichtliche Beurkundung Erwähnung finden sollen, insbesondere soweit sie von den allgemeinen Grundsätzen über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung abweichen, für welche letztere Form die Bestimmungen über die Testamente vorbildlich gewesen sind.

Die Schriftform.*)

Die schriftliche Form als rechtliches Formerfordernis — zum Unterschiede von der im Verkehr sehr häufig thatsächlich

*) **Anwendungsfälle:** (Abgesehen von den das Vereinsrecht betreffenden §§ 32, 33, 37):

I. Rechtsgeschäfte unter Lebenden:

§ 81. (Stiftungsgeschäft Entw. I 58, 62 2, II a, 71 1, 2, II b 78, III 78. Motive I 118, 123. Denkschr. S. 16, geändert durch d. Reichstag). —

zur Anwendung gelangenden Schriftform[1]) — ist entweder durch Gesetz vorgeschrieben oder durch Rechtsgeschäft bestimmt.

§ 111. (Einwilligung des Vormundes bei Rechtsgeschäften Minderjähriger.) § 368 (Quittung I 269, II 317 resp. 362, III 362, Mot. II S. 88. — Nur unter Umständen ist Quittung ein Vertrag. § 397. (Erlaß.) § 368 (. . . . „schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung)". § 416. (Mitteilung des Verkäufers eines Grundstückes ꝛc.) § 761. (Leibrentenversprechen. Neu eingeführt durch den Reichstag.) § 766. (Bürgschaft. Neu eingeführt durch den Reichstag . . . „„schriftliche Erteilung d. Bürgschaftserklärung."" . . . Mündliche Form genügt im Falle d. § 350 N. H. G. B.) § 780. (Schuldversprechen I 683, II 719 u. bezw. 765, III 764, Mot. II 687 ff. Denkschr. 138, 139.) . . . „schriftl. Erteilung d. Versprechens" . . .) § 781. (Schuldanerkenntnis I 683, II 720 bezw. 766, III 765, Mot. II 687 ff. Denkschr. 138, 139 (. . . „schriftl. Erteilung der Anerkennungserklärung) dazu § 782 (Ausnahme). §§ 783, 792. (Anweisung.) § 784. (Schriftl. Annahmevermerk auf einer Anweisung I 607, II 620 bezw. 769, III 768, Mot. 559 ff. Denkschr. 95.) § 1154. (Abtretung e. Forderung I 1087 1, 1112 1, II 1061 bezw. 1138, III 1137, Mot. III 707, 748. Denkschr. 144, 145.) §§ 566, 581. (Miete u. bezw. Pacht II 507 bezw. 558, III 559. Denkschr. 98 — I 531, 532, II 521 bezw. 573, III 574, Mot. II 421 bis 423. Denkschr. 71, 72, 74, 76. Einf. Ges. Art. 171, 172. Geändert durch den Reichstag.)

II. Rechtsgeschäfte von Todeswegen.

§ 2267. (Gemeinschaftl. Testament II 2134 bezw. 2241, III 2240.) § 2231. (Testament, Abs. 1: I 1914, 1915 Satz 1, II 2299 1 bezw. 2207, III 2205 1, Mot. V 257, 261. Denkschr. 294, 295 Abs. 2 (holograph. Testament). Vom Reichstage zugefügt. Der Entwurf kannte Privattestamente nur ausnahmsweise. (Entw. II 2119, 2120 bezw. 2226, 2227, 2228 2 Satz 2, III 2224, 2225, 2230 2. — Landesgesetze können Gericht oder Notar ausschließen. Ganzer Inhalt eigenhändig. Vgl. Fischer u. Heine § 2231 Anm. 2.)

[1]) Bayr. Entw. T. I Art. 16, Mot. I S. 187.

Die für die gesetzliche Schriftform geltenden Vorschriften gelten im Zweifel auch für die gewillkürte, jedoch sind für die letztere gewisse unten zu behandelnde Erleichterungen nachgelassen.

Inhalt und Unterschrift sind die beiden regelmäßigen Bestandteile einer Urkunde. Der alltägliche Verkehr bedient sich allerdings zahlreicher schriftlicher Urkunden, denen die Unterschrift fehlt,[1]) ihre wirtschaftliche Bedeutung ist eine außerordentlich umfassende. Trotzdem sind solche, der Unterschrift ermangelnde Schriftstücke nicht Urkunden im Sinne des § 126 ff. des B. G. B.[2]) § 126 Abs. 1 stellt als Erfordernisse der Schriftform auf: eigenhändige Unterzeichnung durch Namensunterschrift oder gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen. Diese Bestimmung hat allgemeine Bedeutung, gilt also nicht nur für die im B. G. B. bereits enthaltenen Anwendungsfälle.[3])

Unterschrift: Die Urkunde muß unterschrieben sein. Druck, Namen- oder Firmenstempel[4]) und andere Reproduktionsverfahren, wenn sie den Schriftzügen noch so ähnlich sehen, können als giltige Unterzeichnung im Sinne des § 126 nicht angesehen werden, und die Ansicht von Eccius zu Gunsten des faksimilierten Namensstempels muß gegenüber dem deutlichen Gesetzestext: „durch eigenhändige Namensunterschrift — unterzeichnet" als verfehlt erscheinen. Die erst seit dem II. Entwurfe eingefügten Worte „durch Namensunterschrift" dürften

---

[1]) Rechnungen, Eintrittskarten, Eisenbahnbillets, Eintragungen in gewisse Bücher u. dgl. Vgl. auch Bayr. Entw. T. I Art. 16.

[2]) Vgl. auch A. L. R. I 5. § 116.

[3]) Bunsen, Einführung S. 78.

[4]) Vgl. Rehbein, Entsch. d. Ob. Trib. 2. Aufl. I 257. — Mot. z. Entw. I 592 S. 185. — Str. Arch. S. 335. — Planck S. 177 Satz 2.

alles andere außer eigenhändiger Ausführung der Schriftzüge ausschließen, auch wenn die Ansicht von Eccius für das bestehende Recht gerechtfertigt sein sollte. Uebrigens ist auch das Faksimile schon aus dem Gesichtspunkte des Beweises einer Handschrift gegenüber nicht gleichwertig. Eine Unterschrift kann eintretendenfalles der Schriftvergleichung [1]) eine Unterlage bieten, was bei dem Stempel und Faksimiledruck nicht der Fall ist. Eine Unterschrift giebt dem Beweise eine doppelte Grundlage, [2]) nämlich a) für die Thatsache der Ausführung des Namens, b) für die Form und Eigenart der individuellen Schriftzüge. Ein Namensunterdruck, selbst in genauestem Faksimile, weist die zweite Grundlage nicht auf. Uebrigens ist die Ansicht von Eccius dadurch als unzutreffend erwiesen, daß im B. G. B. ausnahmsweise bei Inhaberpapieren die Unterzeichnung mittelst einer mechanisch vervielfältigten Namensunterschrift ausdrücklich gestattet wird [3]) (§ 793 B. G. B.). Die analoge Anwendung dieser singulären Unterschrift auf die durch die allgemeine Regel in § 126 getroffenen Fälle ist ausgeschlossen.

Eigenhändig muß die Unterschrift gezeichnet werden. Dieser Bestimmung gegenüber ist die Frage aufgeworfen, ob die Unterschrift auch durch einen Dritten erfolgen kann. Dies ist mit Planck (S. 177 Satz 2 und Matthiaß, I. S. 178 Not. 1) [4]) zu verneinen. [5]) Selbstverständlich kann man eine Urkunde

---

[1]) C. P. O. §§ 441, 442.

[2]) Aus diesem Grunde kann auch die Herstellung der Unterschrift mittelst einer Schreibmaschine, entgegen der Ansicht Weyls (Vorträge Bd. I S. 238 Note 3), die eigenhändige Unterschrift nicht ersetzen.

[3]) Ebenso N. H. G. B. § 181.

[4]) Motive I. 185. — Anders Fischer und Henle.

[5]) Die auf landrechtl. Rechtsverhältnisse bezüglichen entgegengesetzten Entscheidungen Präj. 2077 Ob. Trib. 17 Seite 457, 18 S. 207 zu III.

im Allgemeinen auch durch einen Vertreter unterzeichnen lassen, dieser kann jedoch schlechterdings nur seinen eigenen Namen, nicht denjenigen des Vertretenen „eigenhändig" unterzeichnen.[1]) Gemäß § 164 B. G. B. wirkt allerdings die Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsvollmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, für und gegen den Vertretenen. Daß aber dieser § 164 der zwingenden Formvorschrift des § 126 gegenüber zur Anwendung gelangen solle, kann nicht zugegeben werden, wenn anders das Wort „eigenhändig" im Texte des genannten Paragraphen überhaupt einen Zweck haben soll. Ist denn überhaupt die Ausführung einer Unterschrift an Stelle eines Anderen als eine Willenserklärung anzusehen? Der Begriff „eigenhändig" muß seiner thatsächlichen Bedeutung nach die Ausführung durch einen Anderen ausschließen. Nähme man Anderes an, so gelangte man dazu, auch die Ausführung eines „eigenhändig geschriebenen" Testamentes (§ 2231) durch einen Anderen für zulässig zu erklären, oder sollte etwa der Vertreter auch befugt sein, Handzeichen zu verwenden, was ja völlig der Wahl des Ausstellers in § 126 überlassen ist? Wohin gelangte man, wenn es verstattet wäre, etwa ein Stiftungsgeschäft, eine Bürgschaft, ein Leibrentenversprechen durch Handzeichen eines Vertreters für zulässig zu erklären?

Eine unbillige Formerschwerung kann in dieser Beschränkung auch nicht gefunden werden, jedenfalls keine solche,

---

12, S. 477, 29 S. 293, Str. Arch. 15 S. 258 (Pl. Präj. 2585 Ob. Trib. 60 S. 314. Analog: Ob. Trib. S. 29. Präj. 2196 treffen für § 126 B. G. B. nicht zu, weil hier eigenhändige Unterschrift ausdrückl. hervorgehoben, wovon in A. L. R. I. 5 § 116 nicht die Rede ist. — Dazu: Rehbein das B. G. B. S. 157 oben.

[1]) Vgl. auch Haidlen, Kommentar a. a. O. S. 152. — Dazu: Weyl, Vorträge I. S. 238 Note 2.

die mit den an sich strengen Erfordernissen der gesetzlichen Schriftform § 126, 1 im Widerspruch stände.

Wer nicht im Stande bezw. wer verhindert ist, eigenhändig seinen Namen durch Unterschrift oder Handzeichen zu fertigen, der ist trotzdem nicht der Möglichkeit beraubt, sich für den Abschluß eines unter § 126 fallenden Rechtsgeschäfts eines Vertreters zu bedienen. Der Vertreter wird aber, da die Ausführung einer eigenhändigen Namensunterschrift durch einen Andern etwas Undenkbares ist, sich der (gemäß § 126, 3) als Vertretungsform für die Schriftform ausdrücklich eingesetzten gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedienen müssen. Eine gewisse Erschwerung ist darin allerdings zu erblicken, diese aber rechtfertigt sich durch die Vertretung selbst. Die Erschwerung gewährt aber auf der andern Seite dem Vertretenen eine erhöhte Sicherheit gegen den Mißbrauch des überaus weitgehenden Vertrauens, das bei all den unter die gesetzliche Schriftform fallenden wichtigen und inhaltschweren Geschäften der Geschäftsherr dem Vertreter einzuräumen gezwungen ist. Wer sich in der Zwangslage befindet, an der Ausführung eigenhändiger Namensunterschrift oder Handzeichen bei so wichtigen Rechtsgeschäften behindert zu sein, dem wird die in der Erschwerung liegende Cautel nicht immer unwillkommen sein.

Namensunterschrift. Die Unterschrift muß den Namen des Ausstellers darstellen, bezw. enthalten. Ist der Aussteller Inhaber einer Firma, dann genügt die Unterzeichnung dieser. Die Frage, ob die Unterschrift auch den Vornamen enthalten müsse, ob die bloße Unterzeichnung des Vornamens genügt, wird je nach den Umständen des Falles zu beantworten sein. Die Namensbezeichnung ist nur in dem Sinne gefordert, daß sie die Person des Ausstellers außer Zweifel stellt.[1]) Unter

[1]) Mot. zu Entw. I § 92.

Verwandten, Fürstlichkeiten wird deshalb zuweilen der bloße Vorname, bei Künstlern der nom de guerre genügen,[1]) und ebenso wird je nach Umständen selbst der irrtümliche Gebrauch eines unrichtigen Vornamens unschädlich sein.[2]) Die Freiheit in der Form der Unterschrift wird jedoch nicht soweit ausgedehnt werden dürfen, daß auch die bloße Titelbezeichnung (z. B. „Der Bürgermeister") als ausreichend erachtet werden sollte.[3]) Denn ein Titel ist kein Name.

Unterschrift. Die Urkunde muß den Namen des Ausstellers als Unterschrift enthalten. Diese Bestimmung weist der Namenszeichnung unzweideutig den Platz unter der Erklärung an. Eine Namenszeichnung, die über, neben oder in dem „Kontext"[4]) gesetzt ist, kann ebensowenig als ausreichend erachtet werden wie ein Quervermerk.[5]) Die Unterschrift muß den Inhalt der Erklärung decken.[6]) Dies erfordert schon die Rücksicht auf § 440 C. P. O., inhalts dessen nur die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich hat. Eine vollbeweisende Urkunde im Sinne der C. P. O. §§ 416, 440 mit den gesetzlichen Schriftformvorschriften zu schaffen, lag in der ausgesprochenen Absicht des B. G. B.[7]) Die Worte „muß . . . unterzeichnet werden" scheinen dem bereits mit dem Worte „Unterschrift" gegebenen örtlichen Erfordernis auch ein zeitliches hinzuzufügen. Sie führen auf die Frage, ob eine Urkunde auch dann der strengen

---

[1]) Cosack S. 185.

[2]) Str. Arch. 58 S. 348 betreffend § 116 I, 5 A. L. R.

[3]) Zitelmann S. 154. — Matthiaß Lehrb. I, S. 178.

[4]) Ob. Trib. 74, S. 168.

[5]) Matthiaß Lehrb. I, S. 178. — Rehbein, Entsch. d. Ob. Trib. 2. Aufl. I 357 f. — Anders beim Wechsel.

[6]) Planck S. 177.

[7]) Vgl. Denkschrift S. 22.

Anforderung des § 126 Abs. 1 genügt, wenn die Unterschrift der Erklärung vorangegangen, ob also auch ein Blankett zulässig ist. Das Obertribunal hat für das bestehende Recht die Frage verneinend beantwortet,[1]) während mit den Motiven[2]) Eck,[3]) Tränkner[4]) und Andere es nicht für unerläßlich halten, daß die Unterschrift der Erklärung nachfolge. Wir können nicht umhin, uns der strengeren Ansicht anzuschließen und zwar besonders mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 126. Entw. I § 92 Abs. 1 sagt: „. . . . muß die Urkunde . . . . unterzeichnet sein . . ." Seit dem Entwurf III aber bestimmt § 126 Abs. 1 B. G. B. in Abänderung des Entw. I: „. . . . . muß die Urkunde . . . . . unterzeichnet werden."

Diese ausdrückliche Abänderung dürfte jeden Zweifel ausschließen. Es kommt also im Streitfalle nicht bloß darauf an, daß die Unterschrift sich unter der Erklärung der Urkunde befindet, sondern daß die Unterschrift unter die Erklärung gesetzt worden ist. Es genügt also nicht, daß die Erklärung nachträglich über die Unterschrift gesetzt ist. So lange übrigens eine Erklärung selbst nicht geschrieben ist, ist eine Unterzeichnung, auch rein örtlich gedacht, in dem Sinn, daß diese die Erklärung auch „vollständig deckt"[5]), schlechterdings nicht möglich; denn derjenige, welcher seinen Namen auf ein leeres Blatt zeichnet, kann vorher nicht wissen, ob der

---

[1]) Ist der Kontext später geschrieben als die Unterschrift, so liegt keine Unterschrift vor. Dies gilt auch dann, wenn in der Vertragsurkunde im Laufe der Dauer des Vertrages infolge mündlicher Abrede Abänderungen vorgenommen werden. — Ob. Trib. 50, S. 29. — Str. Arch. 51, 317. — Ob. Trib. 68 S. 128, 69 S. 198.

[2]) Motive S. 185.

[3]) Eck S. 57.

[4]) Tränkner S. 326.

[5]) Siehe Planck. S. 177. Satz 2.

Gegner die Erklärung auch in solcher Weise über die Unterschrift setzen wird, daß sie thatsächlich die Erklärung deckt, nicht mehr und nicht weniger. Der die Erklärung nachträglich Niederschreibende kann einseitig die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes z. B. dadurch herbeiführen, daß er die Erklärung selbst, etwa unter Freilassung eines verhältnismäßig großen Zwischenraumes, in solche Entfernung über die Unterschrift setzt, daß sie durch diese nicht mehr gedeckt wird, er kann sie auch seitlich neben die Unterschrift setzen. Diesen Möglichkeiten ist nur dadurch vorzubeugen, daß die Erklärung von vornherein unterzeichnet, d. h. unter die bereits niedergeschriebene Erklärung gesetzt wird. Der klare Wortlaut des § 126 kann deshalb ein Abgehen von der strengen Beurteilung, die die ältere preußische Rechtsprechung der an sich prinzipiell weit weniger strengen Formvorschrift des A. L. R. zu teil werden ließ, nicht rechtfertigen. Dies um so weniger, als die unter § 126 fallenden Rechtsgeschäfte lediglich wegen ihrer inhaltlichen Tragweite der strengen Formvorschrift unterstellt sind, die ihrer ganzen Natur nach strikt zu interpretieren sind.[1])

Handzeichen. Zu berücksichtigen waren ferner die Fälle, wo die Unterzeichnung des Namens in der Person des Ausstellers Schwierigkeiten begegnet oder zur Unmöglichkeit wird. Schreibensunkunde, dauernde oder vorübergehende leibliche Gebrechen oder sonstige Zufälle sind geeignet, die Ausführung

[1]) Vgl. hierzu Rehbein das B. G. B. S. 156. — Hellmann a. a. O. S. 76 zweifelnd, ebenso Weyl Vorträge Bd. I S. 238. — Anders mit den Motiven I S. 185, Tränkner a. a. O. S. 326. — Ferner: R. G. Entsch. 27 S. 269 und bezüglich der analogen Bestimmungen d. Ges. über die F. G. Dorner a. a. O. S. 586, 588, 598: Blanko-Unterschrift unstatthaft. Anders dort, wo die Blanko-Unterschrift selbständige Bedeutung hat. (W. O. Art. 12) Ebenso Kammerger. bei Jastrow K. G. 1128 und Zink II S. 183 Ziff. 4 und S. 207 Ziff. 1 b.

einer Namensunterschrift unmöglich zu machen. In solchen Fällen ist die Erfüllung der regelmäßigen Erfordernisse der Schriftform nicht möglich, und es tritt die Notwendigkeit an den Gesetzgeber heran, Ausnahmen zu statuieren oder besondere Bestimmungen zu treffen, wenn anders ganze Kategorien von Personen und Fällen von den bezüglichen Rechtsgeschäften nicht ausgeschlossen[1]) sein sollen. Die neueren Gesetzgebungen haben deshalb derartigen Fällen dadurch Rechnung getragen, daß gewisse Formvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen durch andere, absolut oder relativ als gleichwertig anerkannte, ersetzt werden können. Eine solche Form ist im Verhältnis zur Namensunterschrift der Gebrauch der Handzeichen, wie sie z. B. im A. L. R. I 5 § 175, der C. P. O. §§ 416, 440 sowie der W. O. Art. 94 Aufnahme gefunden haben. Ueber die Form der Handzeichen finden sich nur dürftige Bestimmungen[2]), aus denen zu folgern ist, daß der Begriff eines Handzeichens sich durch das geringst denkbare Mindestmaß von Anforderungen kennzeichnet. Kreuze, Striche oder beliebige andere Spuren einer schreiberischen oder zeichenartigen Thätigkeit an der zur Unterschrift bestimmten Stelle der Urkunde von beliebiger Form, Menge und Ausdehnung müssen als zulässig und ausreichend erachtet werden.

---

[1]) So waren im röm. Recht Taube von der Stipulation ausgeschlossen (vgl. Dernburg II. S. 31). Personen, die nicht sprechen konnten, waren in älterer Zeit, wo alle Rechtsgeschäfte mündlich verrichtet werden mußten, einfach von der Vornahme solcher schlechterdings ausgeschlossen. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 § 1 qui testam. (28. 1) Ulp. XX 7. 13. — Taube, Stumme waren „Opfer ihres Naturfehlers!" Ihering a. a. O. II 598.

[2]) A. L. R. T. I. 5. § 175: mit „Kreuzen oder einem anderen gewöhnlichen Handzeichen." — Art. 94 W. O. Kreuzen oder anderen Zeichen". Analog im Strafprozeß.

Es erhellt, daß der Gebrauch eines einfachen, durch keinerlei weitere individualisierende Merkmale ausgezeichneten formlosen Handzeichens an sich weder im Hinblick auf die Rechtssicherheit im Verkehr, noch auf ein gerichtliches Beweisverfahren der eigenhändigen Namensunterschrift gleichwertig ist. Ungerechtfertigt dürfte es deshalb erscheinen, wenn anläßlich der Kritik des I. Entwurfs die Forderung erhoben wurde,[1]) „auch nicht beglaubigte Handzeichen" für ausreichend zu erklären.

Aus diesen Gründen ergiebt sich im Interesse der Rechtssicherheit die Notwendigkeit, den Gebrauch der Handzeichen durch besondere Cautelen zum Ersatz der gesetzlichen Schriftform, die ja ausgesprochenermaßen vollbeweisende Urkunden gemäß §§ 416, 440 C. P. O. schaffen will, fähig zu machen.

Das B. G. B. hat für diesen Zweck die Beglaubigung für das geeignetste Mittel erachtet und für die Beglaubigung — in Uebereinstimmung mit der C. P. O. und W. O. — die „gerichtliche oder notarielle" vorgeschrieben. Die leichtere Form[2]) der „öffentlichen Beglaubigung" erschien nicht ausreichend, die schwerere der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, deren Wahl übrigens an Stelle der Schriftform überhaupt generell nachgelassen ist, (§ 126 Abs. 3) nicht erforderlich. Im Uebrigen aber hat das B. G. B. den Grundsatz völliger Wahlfreiheit in Bezug auf den Gebrauch von Namensunterschrift oder Handzeichen zur Geltung gebracht, während die geltenden Rechte den

---

[1]) z. B. Hölder, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 89.

[2]) Der Wunsch des Württembergischen Staatsministeriums und des Generalkomitees der landwirtschaftlichen Vereine in Bayern (Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen V S. 93. 94 ff.), auch Gemeindebehörden für die Beglaubigung von Handzeichen — insbes. wurde ein Bedürfnis in dieser Beziehung für Quittungen betont — als zuständig zu erklären, fand keine Berücksichtigung. Ueber die Gründe für und wider vergl. Prot. I S. 90.

Gebrauch von Handzeichen der freien Wahl entzogen und durch bestimmte Voraussetzungen bedingten.

Abgesehen aber von dem Ausschluß der Wahlfreiheit im Gebrauche der Handzeichen hat z. B. das A. L. R. noch andere wesentliche Formsicherungen erfordert,[1]) wo das G. B. G. die gerichtliche oder die notarielle Beglaubigung als ausreichend erachtet hat. Der Gegensatz der beiden Gesetzbücher ist ein außerordentlich scharfer.

Im B. G. B. gilt völlige Freiheit im Gebrauche der Handzeichen für und gegenüber dem Schreibenskundigen wie dem -Unkundigen, dem Analphabeten, dem Blinden, dem Taubstummen u. s. w. Es ist auch nicht nötig, daß dem Unterzeichner die Erklärung vorgelesen oder verdolmetscht ist.[2]) Einziges Sicherungsmittel ist die gerichtliche oder notarielle Be-Beglaubigung, der gegenüber nur die materielle Anfechtung aus § 119 B. G. B. übrig bleibt. Im A. L. R. ist das Handzeichen beschränkt auf den Schreibensunkundigen, den Blinden, Taubstummen, den am Schreiben Verhinderten — und überhaupt nicht zulässig für die Unterzeichnung einer privatschriftlichen Vertragsurkunde, sondern nur für die Unterzeichnung eines vor Gericht oder Notar aufgenommenen Vertrages,[3]) die in den genannten Fällen allein die gesetzliche Schriftform zu ersetzen vermag.

---

[1]) A. L. R. T. I 5 § 171 ff.

[2]) Planck S. 177. — Fischer u. Henle S. 60. — Motive 184 ff. Anders der Bayr. Entwurf T. I Art 16 Abs. 3. — Schweiz. Ges. über d. Oblig. Recht Art. 13. —

[3]) Bloße Rekognition genügt nicht Ob. Trib. 75 S. 257, Str. Arch. 94 S. 70. Mindestens muß die Vertragsurkunde vorgelesen und zu einem integrierenden Teil des gerichtl. Protokolls gemacht sein. Ob. Trib. 11 S. 186 (Präj. 1558).

Dieser schroffe Gegensatz ist um so auffallender, als das, das B. G. B. ergänzende Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit bei der gerichtlichen und notariellen Beurkundung ähnliche Cautelen für erforderlich erachtet, wie sie das A. L. R. und ähnlich der bayr. Entwurf I Art 16, sowie das schweiz. Ges. über das Obl. Recht Art 13 — nur für den Vertragsschluß vor Gericht und Notar statuiert hat. Die außerordentliche Formerleichterung für die Geschäfte der Blinden, Taubstummen u. s. w. in Verbindung mit der Freiheit im Gebrauche von Handzeichen kontrastiert umsomehr von dem entgegengesetzten Standpunkte des A. L. R. — ja selbst von dem Gesetz über die Freiw. Gbkt. in Bezug auf gerichtliche und notarielle Beurkundung, — als im A. L. R. die Schriftform für die alltäglichen Geschäfte (über 50 Thlr.) nahezu die Regel bildet, während sie im B. G. B. fast ausschließlich für solche Geschäfte vorgeschrieben ist, die im gewöhnlichen wirtschaftlichen Verkehr nur selten aufzutreten und außerdem einen besonders gewichtigen, weittragenden Inhalt aufzuweisen pflegen. Da die diesbezüglichen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen an Inhaltschwere denjenigen nicht nachstehen, für welche die gerichtliche und notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, so ist für die so sehr verschiedene Behandlung der darauf bezüglichen Formen und Cautelen (§ 169 ff. 178, 179 F. G. u. s. w.) der Grund keineswegs ersichtlich. Nach § 126 kann auch der Schreibenskundige sich dem Blinden und Taubstummen gegenüber statt der Unterschrift des Handzeichens bedienen. Der Notar oder der — übrigens nach § 191 Ges. Frw. Gbkt. landesgesetzlich ausschließbare — Richter hat nach den Gründen für die Unterlassung der Namensunterschrift nicht zu fragen, die Aufnahme eines Vermerks über diese Gründe (Ueberzeugung des Richters oder Erklärung der Beteiligten analog §§ 169, 178 Ges. Fr. Gbkt.) ist auch nicht vorgesehen. Ebensowenig enthält das Ges.

Fr. Gbkt. zwingende Vorschriften über die Prüfung der Legitimation und Geschäftsfähigkeit. In dieser Beziehung bleiben die Landesgesetze maßgebend, deren Nichtbeachtung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist. (§ 200 Fr. Gbkt.) Liegt unter diesen Umständen nicht die Gefahr vor, daß ein skrupelloser Kontrahent, der wohl schreibenskundig ist, einem blinden oder sonst gebrechlichen Mitkontrahenten gegenüber die Urkunde mit bloßen Handzeichen unterfertigt, um vielleicht später die Unterzeichnung eidlich ableugnen zu können? Die Möglichkeit einer Schriftvergleichung liegt nicht vor, der Notar oder Richter, der eine strenge Legitimationsprüfung vorzunehmen nicht gezwungen ist, für sein Gedächtnis in einem — bei Beglaubigungen nicht vorgeschriebenen — Vermerk[1]) über die Grundlagen der Legitimation keinen Anhalt besitzt, wird nach Jahren nichts bekunden können, zumal er auch den Inhalt der Erklärung zu prüfen kein Recht hat. Wenn der Handzeichner sich bei Ableugnung seines Handzeichens gerade auf seine Schreibenskunde beruft, so wird dies die Glaubhaftigkeit seiner Behauptung in der Regel noch unterstützen; denn mangels eines diesbezüglichen Vermerkes über die Gründe, warum anstatt der Unterschrift Handzeichen gewählt sind, wird es immer unerklärlich bleiben, weshalb der Schreibenskundige im besonderen Falle von seiner Schreibkunst nicht solle Gebrauch gemacht haben.

Aus diesen Gründen scheint die Stellungnahme des bayr. Entwurfs und des schweiz. Oblig.-Rechts mit ihren, zum Schutze Tauber, Stummer u. s. w. bestimmten Cautelen sehr wohl innerlich begründet, und es würde sich vielleicht als Korrektiv für die Gefahren der Wahlfreiheit betreffs Handzeichen für die Landesgesetzgebungen empfehlen, den § 183 Fr. Gbk. ergänzende Bestimmungen dahin zu treffen, daß im Falle der

[1]) Vergl. Dorner S. 600.

gerichtlichen und notariellen Beglaubigung von Handzeichen der Beglaubigungsvermerk eine Erklärung (analog §178 Fr. Gbk.) enthält über die Gründe, die die Unterzeichnung mittelst Namensunterschrift verhindert haben.[1])

Eine Urkunde — mehrere gleichlautende Urkunden. Handelt es sich nicht um eine einseitige Willenserklärung, sondern um einen Vertrag, so entsteht, besonders im Hinblick auf den nach A. L. R. für die Schriftform zulässigen Briefwechsel die Frage, ob die Unterschrift der Parteien auf einer und derselben Urkunde erfolgen muß. Diese Frage beantwortet sich von selbst in dem Falle, wenn nur eine einzige Urkunde aufgenommen wird. Wo nur eine Urkunde vorhanden, kann die Unterzeichnung eben nur in „derselben" erfolgen. Anders, wenn zwei oder mehrere Urkunden aufgenommen werden, wie dies im geschäftlichen Verkehr die Regel bildet; im Verkehr wünscht in der Regel jede Partei eine Urschrift zu besitzen. Das Erfordernis der Unterzeichnung einer einzigen Urkunde seitens aller Beteiligten würde eine zirkulierende Uebermittlung der Urkunde an alle Vertragschließenden erforderlich machen, die einen, das Zustandekommen des Vertrages in Frage stellenden Zeitaufschub im Gefolge haben könnte. Auch würde die Frage, wer die Urkunde verwahren soll, oft zu Streitigkeiten Anlaß geben. Der Verkehr erforderte, daß von der strengen Forderung der Unterzeichnung auf einer und derselben Urkunde

---

[1]) Vgl. Dorner 601. Weisler, Preuß. Not. Kap. Not. 7. — Auch Eck, S. 57 hält weitere Schutzmaßregeln (als die notarielle und gerichtliche Beglaubigung) „auch bei Analphabeten, Blinden, Taubstummen" nicht für erforderlich. Jedoch lag bei Abfassung seiner Schrift das Gesetz über die Fr. Gbk. nicht vor, dessen Bestimmungen über die Beglaubigung (§ 183) erst in Verbindung mit der Wahlfreiheit betr. Handzeichen vielleicht als im Interesse der Gebrechlichen ergänzungsbedürftig erscheinen können. Dazu Meisner, Krit. Bem., S. 31 f.

Abstand genommen wurde. Mit der Zulassung mehrerer gleichlautender Exemplare ist für die Unterzeichnung eine doppelte Möglichkeit gegeben. Entweder erhält jede Partei ein von sämtlichen übrigen Parteien unterzeichnetes Exemplar,[1]) oder es genügt, daß jede Partei nur die für „die andere" Partei (bezw. für die anderen Parteien)[2]) bestimmte Urkunde unterzeichnet. Es erhellt, daß die letztgedachte Modalität den Interessen des Verkehrs in weit höherem Maße entspricht, als die erstere, indem sie unter Abwesenden einen nahezu gleichzeitigen Austausch ermöglicht, während dies im ersten Falle ausgeschlossen ist. Das B. G. B. hat sich denn auch mit dem II. Entw. (§ 105 Abs. 2) für die letztere entschieden und die der ersterwähnten Möglichkeit entsprechenden verkehrshinderlichen Anforderungen des I. Entw. (§ 94) fallen gelassen.

Einseitige — zweiseitige Schriftlichkeit.

Der § 126 Abs. 2 enthält weiterhin die Anweisung, daß „die" Parteien unterzeichnen. (Entwurf I: „Die Unterschrift sämtlicher vertragschließender Parteien.") Ist hiernach auch die Unterzeichnung derjenigen Partei vorgeschrieben, die aus dem Vertrage nur berechtigt wird und Verpflichtungen nicht übernimmt (zweiseitige Schriftlichkeit)? Der sich bereits an den I. Entwurf anschließende Streit der Meinungen scheint noch nicht geschlichtet,[3]) jedoch scheint jene Ansicht die Herrschaft zu

---

[1]) Gegen die dahin gehende Bestimmung des Entw. I § 94: Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 497. — Hölder i. Arch. f. d. civ. Prax. 73, S. 91.

[2]) Zitelmann S. 155. Analog Sächs. Gesetzb. § 825. — Denkschr. S. 22. Tränkner S. 326.

[3]) Fischer & Henle § 126 Anm. 6. Auch die Partei, die nur berechtigt wird ..... bei Vermeidung der Nichtigkeit, bes. bei § 766 der

gewinnen, welche für die nur Rechte erwerbende Partei von dem Erfordernis der Unterschrift absieht. Gegenüber dem Gesetze ist diese Ansicht nicht haltbar. Der bei den Beratungen der 2. Kommission gestellte Antrag, „daß nur solche Verträge von beiden Parteien unterzeichnet sein sollen, die für jede Partei Rechte begründen," ist zwar „an sich" für berechtigt gehalten, jedoch ausdrücklich abgelehnt worden.[1]) Dabei wurde betont, daß dem bezüglichen Gedanken „bei den einzelnen Verträgen Rechnung zu tragen" sei. Thatsächlich ist dies letztere denn auch durchweg geschehen. Eine Prüfung der einzelnen Rechtsgeschäfte des B. G. B., die der gesetzlichen Schriftform unterliegen, ergiebt, daß nur ein einziger zweiseitig verpflichtender Vertrag, der Miet- und Pachtvertrag (§§ 566, 581 B. G. B.), sich darunter befindet, dessen Schriftform übrigens erst im II. Entwurf (§ 507) statuiert wurde. Bei allen übrigen Rechtsgeschäften[2]) ist die gesetzliche Schriftform nicht für den

---

Gläubiger bei Bürgschaft, § 397 der Schuldner beim Erlaß. Ebenso Eck S. 57 mit dem Hinzufügen, daß dies innerlich schwerlich zu rechtfertigen. Cosack 185/86: Leibrenten- und Bürgschaftsvertrag erfordert nicht die Unterschrift beider Parteien. Tränkner S. 327: Bürgschaft, Leibrentenvertrag, Erlaß u. s. w. . . einseitige Schriftlichkeit. Vgl. ferner Regelsberger I § 137 S. 497 ff.; weitere Litteratur bei Eck a. a. O. Auch d. Schweiz. Obligationenrecht verlangt die Unterschrift nur derjenigen Personen, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen. —

[1]) Prot. 91. Weil für eine Vorschrift allgemeinen Inhalts einerseits ein Bedürfnis nicht bestehe und andrerseits eine allseitig einwandfreie Fassung kaum zu finden sei.

[2]) § 368 „der Gläubiger . . . § 761 (Neu eingeführt durch d. R. K.) „Zur Giltigkeit des Vertrages . . . . . schriftl. Erteilung des Versprechens erforderlich" . . . § 766 (Neu eingeführt durch die R. K.) „Zur Giltigkeit d. Vertrages . . . . . schriftl. Erteilung d. Bürgschaftserklärung . . . . ., § 780. Vertrages . . . . . Erteilung d. Versprechens . . . . . § 781. Schriftl. Erteilung d. Anerkennungserklärung.

„Vertrag", sondern nur für die Vertragserklärung des sich Verpflichtenden vorgeschrieben, ja, um jedes Mißverständnis auszuschließen, ist der offene Gegensatz der einseitigen Erklärung gegenüber dem „Vertrage" im Texte unverkennbar hervorgehoben. Hiernach dürfte der oben erwähnte Meinungsstreit mit der endgiltigen Fassung des B. G. B. hinsichtlich der einzelnen, der Schriftform unterstellten Rechtsgeschäfte gegenstandslos geworden sein. Die zweiseitige Schriftlichkeit nach § 126, Satz 2, findet darnach nur bei Miet- und Pachtverträgen gemäß §§ 566, 581 Anwendung, während in allen übrigen Vertragsfällen die einseitige Schriftlichkeit ausreicht.[1])

Der § 126 Abs. 2 findet, abgesehen von § 566, ein größeres Anwendungsgebiet nur dort, wo für Verträge die Schriftform gewillkürt wird, und in denjenigen Fällen, wo etwa durch spätere Reichsgesetze Schriftform vorgeschrieben werden sollte (Prot. I. 91). Daß die Auffassung übrigens mit der Meinung der Kommission des II. Entwurfs übereinstimmt, und daß nie daran gedacht worden ist, die Bestimmung des § 126, Satz 2, auf die Bürgschaft, den Leibrentenvertrag, Erlaß u. dgl. zu beziehen, wie dies in der Litteratur (s. oben S. 39 Anm. 3) geschehen ist, ergeben die Protokolle Bd. I S. 91 ff. . . . . Bei den Beratungen über die Vorschriften des Entw. I § 94, sowie über die auf Regelung der gesetzlichen Schriftform für Verträge (Prot. S. 91) gerichteten Anträge wurde übereinstimmend ausgesprochen, daß der Entwurf selbst die gesetzliche „Vertragsform nicht kenne". — Erst später ist die Schriftform für die Miets- und Pachtverträge eingeführt. Es geht hieraus hervor, daß die bezüglichen Bestimmungen über die Schriftform bei Verträgen sich keineswegs auf die einseitigen Erklärungen bei den oben erwähnten Verträgen beziehen sollten,

[1]) Vgl. hierzu Matthiaß Lehrb. I S. 178 Text und Anm. 3.

deren irrige Unterstellung unter § 126 Abs. 2 statt 126 Abs. 1 den Streit über die Unterzeichnungspflicht der nur Rechte erlangenden Partei veranlaßt hat.

Gewillkürte Schriftform. Von dem Bestreben geleitet, mit den Rücksichten auf die Rechtssicherheit zugleich der durch die Verkehrsinteressen gebotenen Formfreiheit Genüge zu thun, hat das B. G. B. das Erfordernis gesetzlicher Schriftform von vornherein auf eine geringe Anzahl von Rechtsgeschäften beschränkt und diese im Verlaufe der weiteren gesetzgeberischen Arbeiten, durch die Forderungen der Kritik bestimmt, nur um einige Fälle vermehrt. (Vgl. oben S. 19 Anm. 3.)

Im Verkehr stellt sich häufig das Bedürfnis heraus, im Einzelfalle von dem einen oder anderen Erfordernis, welches das Gesetz für die gesetzliche Form vorschreibt, als den Umständen nach zu erschwerend, Abstand zu nehmen,[1]) in anderen Fällen tritt hingegen das Bedürfnis nach einem besonderen Schutz- oder Sicherungsmittel bei solchen Rechtsgeschäften auf, wo das Gesetz selbst ein Formerfordernis nicht aufgestellt hat. Kurz: es ergab sich hieraus, wie im bisherigen Recht, die Notwendigkeit, der Parteiwillkür im allgemeinen — von den gesetzlich bestimmten Fällen abgesehen — die Vereinbarung von Formvorschriften zu überlassen. Die Formabreden können sich darauf beziehen, daß der beabsichtigte Vertrag nur durch Erfüllung bestimmter Formen zu stande kommt, oder daß die Rechtswirksamkeit gewisser nachfolgender einseitiger Erklärungen (Kündigung, Verlängerung u. dgl.) von bestimmten Formerfordernissen abhängig gemacht wird. Das B. G. B. hat diesem in § 125 ausgesprochenen allgemeinen Gedanken hinsichtlich der Schriftform speziell in § 127 Ausdruck gegeben.

---

[1]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 589.

(Entw. I § 91 Abs. 2, § 93.) Parteien können hiernach durch Rechtsgeschäft eine Form als bindend vorschreiben, wo das Gesetz Formfreiheit giebt,[1]) sie können stärkere Anforderungen stellen als das Gesetz, sich aber mit geringeren Anforderungen begnügen.[2]) Sich selbst aber kann durch einseitiges Rechtsgeschäft niemand für künftige Rechtsgeschäfte Formvorschriften setzen.[3])

Dies gilt allgemein für alle gewillkürten Formvereinbarungen. Besondere Vorschrift giebt B. G. B. über die gewillkürte Schriftform.[4]) „Im Zweifel" gelten die für die gesetzliche Schriftform getroffenen Vorschriften auch für die gewillkürte. Ist die Schriftform thatsächlich gewählt, ohne gesetzlich oder willkürlich bestimmt zu sein, dann gelten die Vorschriften nicht.[5]) Sind besondere, von den gesetzlichen Erfordernissen der Schriftform (§ 126) abweichende, Vereinbarungen getroffen, so gelten diese; ist generell nur Schrift-

---

[1]) Regelsberger I S. 495.

[2]) Z. B. kann man einerseits bei der Schriftform notarielle Beglaubigung der Unterschriften verlangen, andrerseits von dem Erfordernis einer Unterschrift Abstand nehmen und sich mit stenogr. Aufzeichnungen begnügen (Endemann S. 272), oder: Ein Bürge fügt seiner Bürgschaft den Vorbehalt zu, daß er erst nach notarieller Beurkundung für seine Verpflichtung haften solle. Cosack S. 187. Die Parteien können jedoch „gesetzliche Formvorschriften weder beseitigen noch erleichtern und auch nicht erschweren, soweit das künftige Rechtsgeschäft auch für dritte Personen, Interesse hat". Matthiaß a. a. O. I S. 177. „. . jede statthafte Form . . . nur nicht eine solche, die unausführbar ist, z. B. Abschluß vor einem Kollegialgericht, vor dem König u. dgl." können die Parteien vereinbaren. Rehbein das B. G. B. S. 158.

[3]) Matthiaß Lehrb. I S. 177.

[4]) Ueber die Notwendigkeit diesbezügl. Bestimmungen als Interpretationsregel s. Prot. I S. 92, dazu S. 90, 88 a. a. O.

[5]) Vgl. Matthiaß Lehrb. I S. 179 A. 1.

form vereinbart ohne besondere Anforderungen, so gelten die Bestimmungen des § 126[1]) mit den unten zu behandelnden, jedoch zum Teil nur auf Verträge bezüglichen Abschwächungen bezw. Erleichterungen.

Telegraphische Uebermittelung — Briefwechsel.

Diese Erleichterungen der Form bestehen insbesondere in der Zulassung der telegraphischen Uebermittlung und beziehungsweise in beschränkterem Maße des Briefwechsels.

Schon bei der erstmaligen Aufstellung der Erfordernisse für die gesetzliche Schriftform mußte sich die Notwendigkeit aufdrängen, auch diese im Verkehr gebräuchlichen Modalitäten der Uebermittlung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in Erwägung zu ziehen. Der I. Entwurf hat die telegraphische Uebermittlung als vollkommen genügend zur Wahrung der Schriftform und dieser gleichwertig erklärt, indem er sie als vollwertigen Ersatz der gesetzlichen Schriftform der Wahl der Parteien bedingungslos anheimstellte. (E. I. § 92 Abs. 2.)[2]) Schon im II. Entwurf ist jedoch diese Bestimmung gestrichen worden, um später im B. G. B., jedoch nur bei den Bestimmungen für die gewillkürte Schriftform, wieder zur Berücksichtigung zu gelangen.

Faßt man den Zweck in's Auge, der bei der ausdrücklichen Feststellung der gesetzlichen Schriftform-Erfordernisse zu Grunde lag, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß

---

[1]) Wird durch Rechtsgeschäft schriftliche Form bestimmt, so verfolgen die Parteien mutmaßlich gleiche Zwecke wie sie der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieses Erfordernisses im Auge hat, es rechtfertigt sich daher die Auslegungsregel, daß die an die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform gestellten Anforderungen auch für die rechtsgeschäftlich bestimmte gelten sollen. Denkschr. S. 22. — Prot. I S. 92.

[2]) Vgl. Motive I. S. 185 ff.

diesem Zwecke weder die telegraphische Uebermittlung, noch der Briefwechsel voll zu genügen vermag. Die telegraphische Uebermittlung genügt weder dem „Schutze gegen Uebereilung" noch dem „Beweiszwecke". Der Empfänger eines Telegrammes erhält die Willenserklärung nicht in der Urschrift, sondern in einer — vielleicht verstümmelten, nicht einmal nach der Urschrift unmittelbar gefertigten — Abschrift. Die Aufgabe des Telegrammes an den Telegraphisten braucht nicht einmal schriftlich zu geschehen, da die Telegraphenämter auch telephonisch übermittelte Telegramme befördern. Die Fährlichkeiten, denen ein Telegramm ausgesetzt ist, sind mannigfach. Mißverstehen der telegraphischen Aufgabe — Irrtum im Lesen einer schwer leserlichen Aufgabeschrift — fehlerhaftes Telegraphieren — fehlerhafte Wiedergabe seitens des empfangenden Beamten — Schreibfehler des letzteren.

Zu diesen, gewissermaßen technischen Fehlerquellen gesellt sich der Uebelstand, daß der Empfänger die Echtheit der telegraphischen Erklärung zu prüfen nicht in der Lage ist, zumal auch die Telegraphenämter eine Prüfung der Identität der Aufgebenden weder übernehmen noch übernehmen können.

Der Besitz des Telegrammes giebt dem Empfänger keine Beweisgrundlage, die an diejenige einer eigenhändig unterschriebenen Urkunde heranreichte.[1])

Diese Uebelstände würden auch nicht durch die verschiedenen Abhilfe-Modalitäten beseitigt werden, die bei den Beratungen in Erwägung gezogen worden sind: weder das Erfordernis eigenhändiger Unterzeichnung der Aufgabeschrift[2]) (Entw. I § 92 Abs. 2) noch die, übrigens praktisch schwer zu erfüllende, ebenfalls bei-

---

[1]) Prot. I 93, 101.

[2]) Vgl. den Widerspruch der Ansichten Prot. I S. 94 mit den kurz darauf zur Anerkennung gelangten a. a. O. S. 101.

läufig in Anregung gebrachte Anforderung, „daß aus der Ausfertigung des Telegrammes die Unterschrift des Absenders hervorgehen müsse". Dazu kommt, daß „die Telegraphenververwaltungen, besonders im Auslande, kaum verpflichtet seien, dem Empfänger auf Erfordern die Aufgabeschrift auszuhändigen oder auch nur zur Einsicht vorzulegen", abgesehen davon, daß die Verwaltungen kaum in der Lage sein würden, sämtliche Aufgabeschriften zu ordnen und für lange Jahre — (wie lange?) aufzubewahren.[1])

Daß hiernach an sich die telegraphische Uebermittlung der gesetzlichen Schriftform gegenüber keineswegs Gleichwertiges leiste, ist unbestritten,[2]) andrerseits wurde auch ein Bedürfnis für die Zulassung des Telegrammes für die gesetzliche Schriftform nicht anerkannt.[3]) Anders bei der durch Rechtsgeschäft bestimmten Schriftform. In dieser Hinsicht erforderte das Verkehrsbedürfnis eine Auslegungsregel und zwar im Sinne einer Gleichstellung der telegraphischen mit der schriftlichen Form,[4]) wenn auch hier ebenso wie bei der gesetzlichen Schriftform die oben erwähnten Momente eine völlige Gleichwertigkeit ausschließen, zumal auch bei gewillkürter Schriftform „die Absicht der Parteien in der Regel darauf gerichtet ist, sich eine vollbeweisende Urkunde zu sichern".[5]) Lediglich den Rücksichten auf das Verkehrsbedürfnis hat B. G. B. § 127 mit der Annahme

---

[1]) Prot. I S. 101.

[2]) Eck, S. 58. — Cosack 185 ff. — Tränkner, S. 326 ff. — Endemann, S. 272.

[3]) Prot. I S. 101. Denkschr. S. 23.

[4]) Prot. I S. 101. — Ueber die Widersprüche, die sich aus dieser Gleichstellung für die gesetzliche Schriftform im E. I. ergaben, vgl. Gutachten a. d. Anwaltsstande S. 497; Hölder, Arch. für civ. Prax. Bd. 73 S. 91.

[5]) Prot. a. a. O. S. 101.

der telegraphischen Uebermittlung als Aequivalent für gewillkürte Schriftform Genüge leisten wollen.

Den oben gekennzeichneten Mängeln hat bereits der Entwurf II § 106 des B. G. B. dadurch Rechnung getragen, daß dem Empfänger einer telegraphischen Erklärung bei gewillkürter Schriftform das Recht eingeräumt ist, von dem Absender eine nachträgliche Beurkundung (vgl. unten) zu beanspruchen. Eine fernere Sicherheit ist dadurch gegeben, daß die telegraphische Form (und bei einem Vertrage Briefwechsel) nur dann genügend ist, wenn „ein anderer Wille nicht anzunehmen ist". Den Parteien steht es bei diesbezüglichen Abreden frei, die genannten Ersatzformen auszuschließen.[1])

Während das B. G. B. der telegraphischen Uebermittlung einerseits eine beschränktere Ausdehnung zugewiesen hat als im Entwurf I, hat es andrerseits die in letzterem aufgestellten formellen Erfordernisse für die Aufgabeschrift erleichtert, ja beseitigt. Von der verkehrserschwerenden, den beabsichtigten Zweck einer Beweissicherung doch nicht erfüllenden (s. oben S. 43) Bedingung eigenhändiger Unterzeichnung der Aufgabeschrift ist Abstand genommen und damit zugleich das als „eine Fessel des Verkehrs" anerkannte[2]) Erfordernis zweier gleichlautender Telegramme bei Verträgen in Wegfall gekommen. Es genügt, daß die Aufgabeschrift „vom Absender" herrühre,[3]) und bei Verträgen ist „eine inhaltliche Uebereinstimmung" der ausgetauschten Telegramme ausreichend.[4])

Damit ist der Verwendung des Telegraphen für die Uebermittlung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen bei vereinbarter

---

[1]) Prot. I S. 102. — Endemann 272.
[2]) Prot. I S. 94, 101.
[3]) Matthiaß Lehrb. I S. 179.
[4]) Eck S. 58. . . . . Tränkner S. 327.

Schriftform diejenige Freiheit gegeben, die der Verkehr nur irgend erheischen kann.

Eine — wenn auch nur formell — untergeordnetere Berücksichtigung hat dagegen der **Briefwechsel** gefunden, wie überhaupt die Frage des Briefwechsels in den Entwürfen, sowie bei den Beratungen nur eine sehr beiläufige Behandlung erfahren hat.

Keiner der drei Entwürfe enthielt einen Hinweis auf diese, im Verkehr die telegraphische bei weitem an Ausdehnung übertreffende Uebermittlungsform; die Motive haben die vom A. L. R. als eine vollwertige Ausführungsart der gesetzlichen Schriftform anerkannte Briefform von vornherein als eine ungenügende gekennzeichnet.[1]) Die „Zurücksetzung der Briefform gegenüber den Telegrammen" ist allerdings sowohl in der Litteratur wie bei den Berathungen des II. Entwurfs[2]) als eine nicht gerechtfertigte gekennzeichnet und dementsprechend bei den Beratungen über die telegraphische Uebermittlung ausdrücklich der Vorbehalt gemacht worden, „in einem späteren Stadium der Beratung auf die Wahrung der Schriftform durch Briefwechsel hinsichtlich der gewillkürten Schriftform zurückzukommen", mit Rücksicht darauf, daß „*der telegraphische Verkehr nicht günstiger behandelt werden kann als der Briefwechsel*".

Thatsächlich hat eine Wiederaufnahme dieser Frage seitens der Kommission für die II. Lesung nicht stattgefunden. Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage hat mit wenigen Zeilen die Briefform, als der gesetzlichen Schriftform nicht genügend, abgethan,[3]) dagegen die Frage, ob der Briefwechsel für die

[1]) Motive I S. 189.

[2]) Eck S. 59. — Prot. I S. 101 ff. Prot. I S. 194. Vgl. die Ausführungen zu Gunsten des Briefwechsels bei Meisner. Krit. Bem. S. 29.

[3]) Denkschrift S. 22.

vereinbarte Schriftform genügen solle, trotz des obigen Vorbehaltes und trotzdem die telegraphische Form bereits für gewillkürte Schriftform ihre Erledigung gefunden hatte, einer Erwähnung nicht für wert gehalten. Erst der Reichstag hat auf Antrag der Kommission durch Einfügung der Worte „und bei einem Vertrage Briefwechsel" (127 B. G. B.) den Briefwechsel in der Beschränkung auf Verträge zur Geltung gebracht. Dieses Ergebnis widerspricht jedenfalls — wenigstens formell — dem ausdrücklich[1]) ausgesprochenen Grundsatze, daß „der telegraphische Verkehr nicht günstiger behandelt werden könne als der Briefwechsel", indem bei dem ersteren eine Beschränkung auf Verträge nicht ausgesprochen ist. Materiell allerdings liegt eine „Zurücksetzung" des Briefwechsels nicht vor, da eine einseitige Willenserklärung ja schon nach § 126 brieflich erfolgen kann.[2]) Nur dem Vertragschlusse durch Briefwechsel stand § 126 Abs. 2 entgegen.

Somit erscheint der Briefwechsel den Telegrammen gegenüber materiell gleichgestellt.

Die Ansichten über die Behandlung des Briefwechsels als Ersatz der gesetzlichen bezw. gewillkürten Schriftform sind nicht einhellige. Eine Uebereinstimmung findet sich nur darin, daß der Briefwechsel an sich keinen vollkommenen Ersatz für die gesetzliche Schriftform biete.[3]) Während aber von der einen Seite die Beseitigung des Briefwechsels für die gesetzliche Schriftform von vornherein als eine zweckmäßige Bestimmung begrüßt wurde, weil sie „dem brieflichen Vertragsschluß nebst allen Unsicherheiten . . . ein Ende mache",[4]) waren auf der

[1]) Prot. I S. 102.

[2]) Planck S. 178 ff.

[3]) Motive 189 ff. Prot. I S. 92. — Eck S. 59. — Endemann S. 272, 270 A. 4.

[4]) Zitelmann S. 155.

anderen Seite von vornherein die Meinungen geteilt.[1]) Nach der endgiltigen Fassung des B. G. B. dürfte der Ausschluß des Briefwechsels für die gesetzliche Schriftform schon aus dem Grunde kaum noch eine Gegnerschaft finden, weil die Frage gewissermaßen gegenstandslos geworden ist. Denn die unter § 126 Abs. 1 fallenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen können ohne weiteres brieflich abgegeben werden;[2]) unter § 126 Abs. 2 aber fällt nur ein einziger positiver Anwendungsfall (§ 566, 581), der seiner gewichtigen Natur nach auch dadurch nicht unverhältnismäßig erschwert sein dürfte, daß die zu unterzeichnenden gegenseitigen Urkunden gleichlautende sein müssen. In diesem Erfordernis des Gleichlautens, d. i. der wörtlichen, nicht bloß inhaltlichen, Uebereinstimmung besteht aber überhaupt nur noch der einzige Unterschied zwischen der schriftlichen Urkunde des § 126 und der brieflichen Form.

Die endgiltige Regelung, die die Briefform im B. G. B. gefunden hat, dürfte hiernach kaum einem berechtigten Einwande mehr begegnen. Denn wenn auch unleugbar eine bloß inhaltliche Uebereinstimmung hinter dem Werte wörtlich gleichlautender Urkunden in wesentlichsten Beziehungen (sowohl hinsichtlich der Gewißheit über den Moment des erfolgten Abschlusses, — der „Diagnose“[3]) des Rechtsgeschäfts, — der Beweisführung, — der Vermeidung von Prozessen[4])) zurücksteht, so ist doch andrerseits nicht zu übersehen, daß die Briefform keineswegs alle der telegraphischen Uebermittlung anhaftenden Mängel aufweist, wie sie oben S. 45 ff. erwähnt sind, wobei noch hinzuzufügen wäre, daß bei „brieflicher Uebermittlung für

---

[1]) Hölder a. a. O. S. 92, Schilling S. 42.
[2]) Planck S. 178.
[3]) Vgl. Ihering a. a. O. S. 493, 496.
[4]) Vgl. Mot. I S. 180.

die Prüfung der Identität des Erklärenden" prima facie wenigstens in der Unterschrift[1]) ein Anhalt vorhanden ist, und daß ein Brief für die Schriftvergleichung eine — wenn auch wenig zuverlässige — Grundlage bietet.

Wenn hiernach eine Zurücksetzung des Briefwechsels gegenüber der telegraphischen Uebermittlung schon aus diesen, gewissermaßen mehr technischen Gründen ungerechtfertigt gewesen wäre, so wäre dies noch weniger gerechtfertigt im Hinblick auf die Thatsache, daß, abgesehen von dem an sich ja formfreieren Handels- und Börsenverkehr (§ 350 H. G. B.) das Verkehrsbedürfnis für die Zulassung des Briefwechsels jedenfalls kein geringeres ist als für Telegramme.

Mit der Gleichstellung der telegraphischen und brieflichen Form ist auch die bei den Beratungen aufgeworfene Frage, ob eine briefliche Offerte, die telegraphisch angenommen ist, rechtswirksam sei,[2]) in bejahendem Sinne entschieden.[3])

Nachdem seit Entw. II das Erfordernis der Unterzeichnung der Aufgabeschrift für die telegraphische Uebermittlung beseitigt ist, dürfte auch die Frage, ob bei Briefwechsel (anders bei einseitigen, brieflich übermittelten Erklärungen gemäß § 126 Abs. 1) eine Unterschrift unerläßlich sei, ihre Beantwortung finden. Die Frage erscheint noch nicht geklärt. Während die Einen in Analogie des preußischen Rechts[4]) die Namensunterschrift als

[1]) Ueber die Notwendigkeit der Unterschrift bei brieflicher einseitiger Willenserklärung vgl. Enneccerus-Lehmann S. 164.

[2]) Vgl. Meisner Krit. Bem. S. 30, der die telegraphische Uebermittelung auch dort für zulässig erklärt wissen wollte, wo gesetzlich Schriftform vorgeschrieben ist. „Warum soll z. B. derjenige, der von auswärts eine bestimmte Wohnung auf mehrere Jahre mieten will, dem betreffenden Hausbesitzer nicht telegraphisch die Annahme der von diesem brieflich gemachten Offerte rechtsgiltig machen können?"

[3]) Tränkner S. 327.

[4]) A. L. R. I 5 § 116.

ein wesentlich verpflichtendes Moment für unerläßlich halten,[1]) weil es „die Erklärung an eine bestimmte Person knüpft",[2]) erklären gewichtige andere Stimmen die Unterschrift nicht für erforderlich.[3])

Die allgemeine Gleichstellung des Briefwechsels mit der telegraphischen Uebermittlung dürfte die letztgedachte Ansicht wesentlich unterstützen. Es liegt kein ersichtlicher innerer Grund vor, bei dem Briefwechsel die Unterschrift zu verlangen, nachdem sie für Telegramme (nicht nur für die Aufgabeschrift) nicht mehr Erfordernis ist. Ein äußeres, praktisches Bedürfnis aber liegt ebenfalls nicht vor, da ja der auf eine Unterschrift Wert legenden Partei das Recht zusteht, die **nachträgliche Beurkundung** aus § 126 zu verlangen. Die nachträgliche Beurkundung, die bei vereinbarter Schriftform im Falle des § 127 verlangt werden kann, wenn die Willenserklärung durch telegraphische Uebermittlung oder Briefwechsel erfolgt ist, ist für die telegraphische Form bereits im Entw. III (§ 123 Abs. 3) vorgesehen. Sie gilt mit der, später durch den Reichstag erfolgten Aufnahme des Briefwechsels in § 127 auch für diese.

Diese Beurkundung verfolgt den Zweck, dem Vertragsgegner auf Verlangen eine vollbeweisende Urkunde nachträglich zu schaffen, weil Telegramm und Briefwechsel nur als Notbehelfe für die schriftliche Form anzusehen sind und eine vollbeweisende Urkunde zu liefern nicht vermögen. Unter der nachträglichen Beurkundung ist nicht die gerichtliche oder notarielle im Sinne des § 126 Abs. 3 zu verstehen, sondern die Nachholung der Erfordernisse der Schriftform gemäß § 126 Abs. 1 u. 2. Bei ein-

---

[1]) Cosack 187: „eigenhändig unterschrieben". Endemann S. 272, A. 12 a.

[2]) Dernburg Bd. I § 97.

[3]) Planck S. 178. — Fischer u. Henle § 126 Anm. 6, auch Eck S. 58.

seitigen Erklärungen kann der Vertragsgegner demnach eine von dem Aussteller eigenhändig mit Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete Urkunde verlangen, bei Verträgen eine von dem Vertragsgegner unterzeichnete Urkunde über den vereinbarten Inhalt.

Auf Leistung dieser nachträglichen Beurkundung steht dem Berechtigten im Weigerungsfalle die Klage zu.[1]) Auf die Rechtswirksamkeit des durch Telegramm oder Briefwechsel abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, bezw. der abgegebenen Willenserklärung hat die Verweigerung oder Gewährung der verlangten Urkunde keinen Einfluß. Dieses Verhältnis dürfte ähnlich zu beurteilen sein wie etwa das Recht des Frachtführers, von dem Absender eines Frachtgutes die Ausstellung eines schriftlichen Frachtbriefes zu verlangen.[2])

Selbstverständlich steht es dem Verpflichteten frei, anstatt der Beurkundung aus § 126 Abs. 1 u. 2 die notarielle oder gerichtliche Beurkundung gemäß § 126 Abs. 3 zu wählen, was freilich in der Praxis kaum vorkommen dürfte.

Die Bestimmung, daß die schriftliche Form, und zwar nicht nur die gesetzlich bestimmte, sondern auch die rechtsgeschäftlich vereinbarte, in allen Fällen durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt wird, rechtfertigt sich dadurch, daß die letztere die Erfordernisse der Schriftform in sich schließt. Die hiergegen besonders für die gewillkürte Schriftform vorgebrachten Gründe[3]) dürften wohl mit Recht als nicht durchgreifend erachtet worden sein.

---

[1]) Vgl. Tränkner S. 328.

[2]) Vgl. Cosack S. 188.

[3]) Vgl. Zitelmann S. 159 . . . „Denkbar ist es aber auch, daß aus irgend einem Grunde eine wirklich eigenhändige Urkunde verlangt ist. Man soll dies den Parteien offen lassen."

§ 3.

II. Formen unter Mitwirkung Dritter.

Außer der Schriftform kennt das B. G. B. noch einige generelle Formen, die übereinstimmend sich dadurch charakterisieren, daß die Erfüllung ihrer Erfordernisse durch die erklärende Person, bezw. die vertragschließenden Parteien allein nicht möglich ist, daß vielmehr zum Zustandekommen eines an eine solche Form geknüpften Rechtsgeschäftes außer den unmittelbar Beteiligten noch die Mitwirkung und bezw. Zuziehung Dritter unerläßlich ist.

Als solche Formen nennt das B. G. B. die gerichtliche oder notarielle Beurkundung [1]), die öffentliche Beglaubigung [2]), für Verträge die Errichtung vor Gericht oder Notar oder vor einer sonstigen Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien. Ferner kennt es die hier nur beiläufig zu erwähnende, auf zwei Anwendungsfälle des B. G. B. beschränkte „öffentliche Urkunde".

In der Hauptsache unterscheiden sich die vorgenannten drei ersten Formen durch die Art und das Maß der Mitwirkung der persona publica. Diese Mitwirkung besteht entweder in der bloßen Entgegennahme der Parteierklärung, oder in einem rein formalen Akt oder endlich in einem ergänzenden Willensakt.[3]) Die eingehendere Kennzeichnung der Eigenart jeder der bezeichneten Formen und deren fernere Unterschiede wird die nachstehende Einzelbehandlung ergeben.

Was die auf diese Formen bezüglichen Vorschriften im B. G. B. betrifft, so ist zunächst zu bemerken, daß keine der-

---

[1]) Im Entw. I S. 92: „gerichtliche oder notarielle Form".

[2]) Motive S. 186 ff.

[3]) Vgl. Regelsberger S. 498.

selben im Gesetzbuche selbst eine der Schriftform gleiche erschöpfende Behandlung gefunden hat. Das B. G. B. beschränkt sich vielmehr, wie noch speziell dargelegt werden soll, nur auf einzelne Vorschriften über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung und die öffentliche Beglaubigung. Die diesbezüglichen weiteren Vorschriften sind in dem Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit enthalten, das auch allein Angaben über die öffentlichen Urkunden enthält, deren Behandlung — abgesehen von der Aufführung der beiden Anwendungsfälle — das B. G. B. überhaupt ausgeschlossen hat.

Der I. Entwurf (§ 92) hat die öffentliche Beurkundung im Gegensatze zu dem bayrischen Entwurfe nicht in den Bereich seiner Regelung gezogen, die Motive (S. 186) haben ein Bedürfnis in dieser Hinsicht für Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht anerkannt, vielmehr daran festgehalten, daß das Beurkundungswesen im allgemeinen den Landesgesetzgebungen verbleiben solle. Ebenso hat der Entwurf davon Abstand genommen, eine Entscheidung im allgemeinen darüber zu geben, ob die eine öffentliche Mitwirkung vorschreibenden Bestimmungen als Formvorschriften aufzufassen seien, dies vielmehr den Einzelbestimmungen vorbehalten. Dieser auch im II. Entwurfe gewahrte Standpunkt ist erst bei den Beratungen des letzteren verlassen worden. Die seinerzeit gestellten Anträge auf Regelung der „gerichtlichen oder notariellen Form“ [1]) führten zur Einsetzung einer Subkommission, deren Vorlage [2]) für die endgiltige Regelung der Frage im B. G. B. die Grundlage bildet.

Das B. G. B. hat sich hiernach — abgesehen von dem Ersatz des Ausdrucks: gerichtliche oder notarielle Form durch die Worte: „gerichtliche oder notarielle Beurkundung“ in § 126

[1]) Prot. Bd. 5 S. 326.
[2]) Prot. V S. 443 ff.

Abs. 3 (Entwurf I § 92, Entwurf II S. 105) — damit begnügt, die Bestimmungen des § 128 und 129 neu einzufügen, im Uebrigen aber das dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörende Beurkundungswesen im allgemeinen den Landesgesetzgebungen überlassen.

Das Reichsgesetz vom 17. Mai 1898 über die freiwillige Gerichtsbarkeit hat sich in seinem zehnten Abschnitt auf die Vorschriften über die Aufnahme gerichtlicher und notarieller Beurkundungen von Rechtsgeschäften (§§ 168—182), sowie über das Verfahren bei Beglaubigungen (§ 183) beschränkt. Außerdem enthält es (§ 184) besondere Bestimmungen über Beurkundungen und Beglaubigungen durch Geschwaderauditeure. Reichsgesetzlich bestimmt ist ferner für bestimmte Arten von Beurkundungen die Zuständigkeit: Das Grundbuchamt für Auflassungen nach § 925, 1015 B. G. B., und das Standesamt für die Beurkundungen aus § 1 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875.

Das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit hat jedoch das Beurkundungswesen auch nur soweit geregelt, als dies zur gleichmäßigen Durchführung des gemeinsamen Privatrechts erforderlich erschien, alles Uebrige ist den Landesgesetzgebungen vorbehalten. (§ 200 F. G.) Der § 141 E. G. zum B. G. B., wonach bezüglich der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung (§ 128, 129 B. G. B.) den Landesgesetzen nachgelassen ist zu bestimmen, daß „entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind", ist durch das Gesetz vom 17. Mai 1898 unberührt geblieben.

C. Die notarielle oder gerichtliche Beurkundung.*)

Das Wesen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung kennzeichnet sich kurz durch folgende Merkmale zum Unterschiede von den erwähnten anderen Formen.

Bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung wird die vom Richter oder Notar bekundete Erklärung als von der betreffenden Person abgegeben bezeugt, während bei der öffentlichen Beglaubigung dieses Zeugnis sich nur auf die Unterschrift, nicht auf die Erklärung selbst bezieht.[1])

Von dem Abschluß vor Gericht oder Notar unterscheidet sich die notarielle oder gerichtliche Beurkundung durch die bei ersterem gebotene gleichzeitige Anwesenheit der vertragschließenden Parteien und durch den, bereits oben erwähnten, unmittelbar zum Zustandekommen des Abschlusses mitwirkenden Willensakt des Richters oder Notars. Die gerichtliche oder notarielle

---

*) **Anwendungsfälle:**

§ 311 (Verpflichtung zur Vermögensübertragung), § 312 (Vertrag künftiger gesetzlicher Erben . . .), § 313 (Verpflichtung, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen . . .), § 518 (Schenkungsversprechen), § 873, 877, 880 (betr. Uebertragung von Grundstücken), § 1017 (Erbbaurecht), § 1491 Abs. 2 (Verzicht eines Abkömmlings . . .), § 1501 (betr. Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft), § 1516 (betr. Ausschluß der Gütergemeinschaft) und § 1517 (Verzicht . . .), § 1730 (betr. Ehelichkeitserklärung), § 1748 (betr. Adoption), § 2033 (betr. Verfügung eines Miterben über seinen Anteil), § 2282 (Anfechtung betr. Erbvertrag), § 2291, 2292 (betr. Aufhebung letztwilliger Verfügungen durch Testament), § 2296 (Rücktritt vom Erbvertrage), § 2348 (Erbverzichtvertrag), § 2351 (Aufhebung des Erbverzichts), § 2352 (Verzicht auf Zuwendungen), § 2371 (Verkauf angefallener Erbschaften).

[1]) Planck S. 178.

Beurkundung giebt wesentlich nur die beiderseitigen Willenserklärungen der am Rechtsgeschäft Beteiligten, nicht notwendig aber die erfolgte Willenseinigung, das Ergebnis der Erklärungen, den Abschluß wieder, während bei dem Abschluß vor Gericht oder Notar der Vertrag unter Mitwirkung des Richters oder Notars unmittelbar zu Stande kommt.[1]) Die Unterscheidung der beiden ebengedachten Formen lag schon dem I. Entwurf zu Grunde: 1. „Abschluß vor Gericht oder Notar. 2. Vornahme der Rechtsgeschäfte in gerichtlicher oder notarieller Form," ohne daß der Entwurf jedoch eine Definition für diese Formen gegeben hätte. Diese Duplicität[2]) wurde auch nach den eingehenden Beratungen, die dieser Frage in der Kommission für die 2. Lesung zu Teil geworden sind, in dem Sinne beibehalten, daß dies Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar nur die für bestimmte Fälle[3]) ausdrücklich vorgeschriebene Ausnahme bildet, während in der Regel der Vertrag auch unter Abwesenden geschlossen werden kann. Auf dem gleichen Standpunkte steht das B. G. B.

Ueber einseitige Willenserklärungen, die dem Zwange gerichtlicher oder notarieller Beurkundung unterliegen, enthält B. G. B. keinerlei besondere Bestimmungen, es beschränkt sich nur auf die lediglich auf Verträge bezüglichen Bestimmungen des § 128; es bestimmt ferner die unbedingte Ersetzlichkeit der schriftlichen Form (§ 126) sowie der öffentlichen Beglaubigung (§ 129) durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Endlich trifft es in § 152 und § 154 Bestimmung über den Zeitpunkt des Zustandekommens[4]) eines notariell oder gericht-

[1]) Vgl. auch Endemann S. 271.
[2]) Prot. V S. 436 ff.
[3]) Prot. a. a. O.
[4]) Vgl. Prot. V S. 442.

lich beurkundeten Vertrages und bezw. eines beabsichtigten Vertrages, für den eine Beurkundung verabredet ist.

Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen sowie bei Vertragserklärungen *eines* Teils entsteht die Frage, ob zur Erfüllung der Formvorschriften auch die Beurkundung des Zugehens der Willenserklärung erforderlich ist. Dies ist zu verneinen.[1]) Es genügt die Beurkundung der Erklärung, während die Thatsache, daß die Erklärung dem andern Teile zugegangen ist, auf andere Weise bewiesen werden kann.[2]) Ebenso ist für Verträge die bei den Beratungen des II. Entwurfs aufgeworfene Frage, ob auch das Ersuchen des Antragenden, dem andern Teile den Antrag vorzulegen, beurkundet werden müsse,[3]) in verneinendem Sinne zu beantworten. Obzwar die Zwecke der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[4]) „nur bei der die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien erfordernden Form vollständig erreicht" werden,[5]) so ist nach B. G. B. doch nur die Beurkundung des Antrages und der Annahme erforderlich, während die anderen Umstände — Zugehen des Antrages mit dem Willen des Offerenten — nicht rechtzeitig erfolgte Annahme — rechtzeitig erfolgter Widerruf der Offerte u. dgl. — eintretendenfalls auf andere Weise bewiesen werden müssen. Derjenige, welcher sich auf den Abschluß beruft, hat eintretendenfalls darzuthun, daß die Annahme mit dem Willen des Annehmenden, und zwar rechtzeitig an den Offerenten gelangt ist. In dieser Beziehung gewährt § 152 Abhilfe, indem er — als ausdrückliche dis-

---

[1]) Planck S. 178. — Prot. V S. 439.
[2]) Analog der Schriftform . . . vgl. Prot. V S. 438.
[3]) Prot. a. a. O.
[4]) Vgl. Prot. a. a. O. S. 440.
[5]) Prot. a. a. O. Planck S. 178 ff.

positive Vorschrift, nicht bloße Auslegungsregel[1]) — bestimmt, der Vertrag komme mit der Beurkundung der Annahme zu Stande, „wenn nicht ein Anderes bestimmt ist."

Das Erfordernis der Beurkundung beschränkt sich hiernach also auch bei Verträgen auf den Antrag und die Annahme. Der nach den Grundsätzen des Vertragschlusses notwendige Austausch der beurkundeten Erklärungen braucht gemäß § 129 nicht beurkundet zu werden. Damit ist jedoch nicht etwa das Erfordernis des Austausches beseitigt, es fällt nur seine Beurkundung fort.[2]) Daß diese beiderseitigen Beurkundungen nicht gleichzeitig, auch nicht von demselben Gericht oder demselben Notar vorgenommen werden müssen, ergiebt sich aus § 128 B. G. B. Ebenso kann es keinen Unterschied machen, wenn der Antrag von einem Gericht, die Annahme von einem Notar, oder umgekehrt, beurkundet wird. Durch diese im Interesse des Verkehrs getroffenen[3]) formalen Erleichterungen ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Schriftform angenähert und der Anschauung Rechnung getragen, daß die „öffentliche Form nur eine Potenzierung der Schriftform sei".[4])

Hinsichtlich der Wahl zwischen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sind keinerlei Schranken gesetzt. Beide Formen sind, wie schon in dem I. Entwurfe, so auch im B. G. B., gleichgestellt. In dieser Beziehung ist die grundsätzliche Auffassung der Motive bestimmend geblieben, trotz der bei den Beratungen zum II. Entwurfe zu Tage getretenen

---

[1]) Prot. V S. 439. Planck S. 179 A. 3.

[2]) Matthiaß Lehrb. I S. 180.

[3]) Vergl. Denkschr. z. Entwurf S. 23.

[4]) Prot. V S. 443.

Absicht,[1]) die bezüglichen Vorschriften im Sinne einer einheitlichen Gestaltung des Beurkundungswesens zu regeln.

Die Gleichstellung von Notar und Richter ergab sich schon deshalb als unumgänglich, „weil nicht in allen Teilen des Reichs Notare vorhanden sind und wieder in anderen Teilen es an Gerichten fehlt, zu deren Geschäftskreise die Beurkundung von Rechtsgeschäften der Privatpersonen gehört.[2]) Dagegen ist es gemäß § 141 E. G. im allgemeinen übereinstimmend[3]) mit den Motiven, den Landesgesetzen unbenommen, zu bestimmen, daß die Beurkundung nur durch die Gerichte oder nur durch die Notare zu erfolgen habe.

a. Beteiligung bezw. Mitwirkung Dritter.

Während bei der Schriftform — abgesehen von dem Falle des Gebrauchs von Handzeichen — der Rechtsakt sich lediglich zwischen den interessierten Personen abspielt, kommt bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung neben den Interessenten, „Beteiligten", regelmäßig noch eine zweite Kategorie von Personen in Betracht, die Mitwirkenden. Als solche kommen in Betracht der Richter, Notar, Gerichtsschreiber, Protokollführer, Dolmetscher, Zeugen.[4])

---

[1]) Prot. V S. 433. — Vergl. dazu Weißler. D. Jur. Ztg. II. Jahrg. S. 136 ff. — Derselbe ebenda S. 463.

[2]) In Sachsen-Weimar, Oldenburg, Schwarzburg-Rudolstadt, beiden Lippe und dem rechtsrheinischen Hessen existiert das Notariat nicht.

[3]) Die Bezugnahme auf die „Beglaubigung" (Mot. I S. 186) ist in § 141 E. G. nicht aufgenommen.

[4]) Die Zuziehung von Zeugen (zwei) ist nur für die Reichskonsuln § 16 Ges. betr. die Organis. der Bundeskonsulate v. 8 Nov. 1867, soweit sie als Notare fungieren, geboten. Für das Verfahren bei Aufnahme solcher konsularischen Urkunden sind aber nicht § 169—182 des Ges. F. G. maßgebend, vielmehr sind die Bestimmungen des oben genannten Gesetzes gegeben, die gemäß § 185₂ des Ges. F. G. in Kraft bleiben.

Beteiligte: „Als Beteiligter ist derjenige anzusehen, dessen Erklärung beurkundet werden soll." § 168₂ Ges. F. G.) Wer sich zur Abgabe seiner Erklärung eines Vertreters bedient, gilt selbst nicht als Beteiligter.[1]) Nur im Sinne der §§ 170, 171 gilt er als Beteiligter hinsichtlich der Gründe für die Ausschließung von mitwirkenden Personen wegen ihrer Beziehungen zu den Beteiligten. Unerläßlich außer dem bezw. den Beteiligten ist die Mitwirkung des Richters oder Notars. Die Mitwirkung weiterer Personen ist nur unter bestimmten, hauptsächlich in der Person der Beteiligten liegenden Umständen unerläßlich bezw. erforderlich.

Als derartige Gründe führt das Gesetz auf:

1. Die Ueberzeugung des Richters oder Notars, daß ein Beteiligter taub, stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist. In diesem Falle muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen.[2])

An die Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen kann nach landesgesetzlichen Vorschriften, die unberührt bleiben, eine dazu besonders bestellte Urkundsperson[3]) treten.

Allein ausschlaggebend für die Beurteilung, ob die vorbezeichneten Gebrechen in der Person des Beteiligten vorliegen, ist die Ueberzeugung des Richters. In gleicher Weise entscheidet

---

[1]) Denkschr. z. Ges. F. G. S. 320 (citiert nach den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen d. Reichstages V Session 1897/98 I. Anlageband).

[2]) Wesentlich übereinstimmend mit § 4 d. preuß. Ges. v. 15 Juli 1890. — Art. 57—59 des bayr. Not. Ges.

[3]) Z. B. Gerichtsschöffen oder Gerichtsbeisitzer in Sachsen . . . Die Bestimmung des § 198 schließt sich an Art. 149 E. G. B. G. G. an. Vergl. dazu Motive V B. G. B. S. 262.

die Ueberzeugung des Richters bei Stummen und am Sprechen Verhinderten nach § 2243 Abs. 1. B. G. B. (Testament).

2. Vorausgesetzt bei Stummen und sonst am Sprechen verhinderten Beteiligten ist die Möglichkeit einer schriftlichen Verständigung. Ist eine solche nach der Ueberzeugung des Richters nicht möglich, dann muß bei der Beurkundung ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden, dessen Zuziehung jedoch die sonst gebotene Heranziehung eines Gerichtsschreibers, Zeugen oder zweiten Notars entbehrlich macht.[1]) (§§ 178, 169.) Von besonderen Erschwerungen für die Beurkundung von Erklärungen tauber Personen hat das Gesetz in gleicher Weise wie das B. G. B. in Ansehung der Errichtung des Testamentes durch einen Tauben abgesehen, weil derartige Vorschriften entbehrlich erschienen.[2]) Der Taube ist (§ 177 Abs. 1 Ges. F. G.) jederzeit in der Lage, sich das Protokoll zur Durchsicht vorlegen zu lassen; ist er aber des Lesens unkundig, so bleibt es seinem Ermessen anheimgestellt, ob er das Protokoll im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Beurkundenden und der weiterhin zugezogenen Personen einfach genehmigen oder sich vorher durch eine der Zeichensprache kundige Vertrauensperson von dem Inhalte unterrichten will.[3]) Uebrigens bleibt es der Landesgesetzgebung überlassen, ergänzende Bestimmungen in dieser Beziehung zu treffen, deren Nichtbeachtung allerdings auf die Giltigkeit der Beurkundung ohne Einfluß bleibt.[4])

3. Die Erklärung eines Beteiligten, daß er nicht schreiben könne (§ 177), legt dem Richter oder Notar die Pflicht auf,

---

[1]) Auf demselben Standpunkte stehen das sächsische und das badische Recht (sächs. Not. O. § 27, badisches Rechtspolizeigesetz 551.) Vgl. Denkschrift. Ges. F. G. S. 321, Dorner S. 589.

[2]) Denkschrift z. Ges. F. G. S. 320.

[3]) Denkschrift z. Ges. F. G. a. a. O.

[4]) § 200 Ges. F. G. Art. 151. E. G. B. G. B.

bei der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls (s. unten) einen Zeugen zuzuziehen, dessen es jedoch in den oben erwähnten Fällen des § 159 nicht bedarf, wie auch in allen anderen Fällen, wo ohnedies ein Gerichtsschreiber oder ein zweiter Notar zugezogen wird.

Ebenso wie im Falle des § 169 allein die Ueberzeugung des Richters über das Vorhandensein der bei den Beteiligten vorliegenden Gebrechen entscheidet, ist im Falle des § 177 für die Schreibensunkunde (analog § 2242 Abs. 2 B. G. B.) die Erklärung des Beteiligten selbst genügend. Eines Beweises oder einer Glaubhaftmachung bedarf es nicht. Unerheblich ist auch, ob der Beteiligte des Schreibens überhaupt unkundig, oder ob er, obwohl schreibenskundig, am Schreiben verhindert ist. Dagegen genügt nicht die Erklärung eines Beteiligten, er wolle nicht unterschreiben; wer den Formerfordernissen genügen kann, soll sich denselben nicht entziehen dürfen.[1]) Ob die Erklärung, nicht schreiben zu können, thatsächlich begründet ist oder von dem Richter oder Notar für richtig gehalten wird oder nicht, ist ebenfalls unerheblich; „für einen späteren Gegenbeweis, der Beteiligte habe doch schreiben können, bleibt somit kein Raum, wodurch Prozesse abgeschnitten werden."[2])

4. Die Erklärung eines Beteiligten, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein (§ 179), macht ebenfalls die Zuziehung eines vereideten Dolmetschers erforderlich, es sei denn, daß der Richter oder der Notar der Sprache, in der sich der Beteiligte erklärt, mächtig ist.

In der Reichstagsvorlage war die Ueberzeugung des Richters darüber, daß der Beteiligte der deutschen Sprache nicht mächtig sei, für die Zuziehung eines Dolmetschers zur

[1]) Vgl. Motive z. B. G. B. V S. 273.
[2]) Vgl. Dorner S. 587 A. 6b.

Bedingung gemacht; das Protokoll sollte auch eine Feststellung dieser Ueberzeugung enthalten. Der gleiche Standpunkt wurde bei den Beratungen von den Bundesratsvertretern gewahrt, und mit besonderem Hinweise auf die sprachlich gemischten Bezirke Oberschlesiens und Westpreußens die Gefahr eines Mißbrauchs des Rechts auf Zuziehung eines Dolmetschers und einer zunehmenden Verleugnung der Kenntnis der deutschen Sprache aus politischen Gründen betont.[1]) Dies von der Reichstagskommission beseitigte Erfordernis der Ueberzeugung des Richters blieb jedoch beseitigt, so daß nunmehr nicht die Ueberzeugung des Richters, sondern die Erklärung des Beteiligten allein für die Zuziehung des Dolmetschers entscheidet.[2])

Mitwirkende: Das Gesetz stellt an die Mitwirkenden bestimmte Anforderungen, deren Nichterfüllung in der Mehrzahl der Fälle Nichtigkeit der Beurkundung zur Folge hat (§§ 170, 171, 172), während andere Vorschriften als Ordnungsvorschriften anzusehen sind (z. B. § 173). Die bezüglichen Vorschriften schließen im Anschluß an die entsprechenden Erklärungen des B. G. B. 2234—2237 ausschließlich von der Mitwirkung bei der Beurkundung als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge (§ 170) — und zweifellos auch Dolmetscher und Urkundspersonen (§ 198) — mit vernichtender Kraft die in §§ 170, 171 bezeichneten Personen aus. Bestimmend für die Ausschließung[3]) ist eigene unmittelbare oder mittelbare Be-

[1]) Vgl. Stenogr. Ber. über die Reichstagssitzung v. 10. März 1898 S. 1454—1460 . . . . auch Dtsch. Juristenzeitung 1899 No. 7

[2]) Die Fassung Abs. 3 d. § 179 scheint mit Abs. 1 im Widerspruch zu stehen, was bei der Schlußredaktion übersehen sein dürfte. Im Einklang mit Abs. 1 würde Abs. 3 wohl richtiger etwa wie folgt lauten: Im Protokoll muß festgestellt werden, daß der Beteiligte nach seiner Erklärung der deutschen Sprache nicht mächtig ist.

[3]) Ueber die Ausschließungsgründe vgl. die Bemerkungen von Weißler. D. Jur.-Ztg. II. Jahrg. S. 462.

teiligung, eheliches, verwandtschaftliches, schwägerschaftliches Verhältnis gegenüber dem Beteiligten, dem Richter oder Notar, sowie ein materielles Interesse an dem Gegenstande der Beurkundung. In letzterem Falle bleibt (§ 171, Abs. 2) die Nichtigkeit auf denjenigen Teil der Beurkundung beschränkt, welcher jene Verfügung zum Gegenstande hat.[1]) Die Nichtbefolgung der Ordnungsvorschrift des § 173, wonach Minderjährige, des Richters oder Notars Gesinde u. dgl., nicht als Zeugen mitwirken sollen, hat auf die Giltigkeit des trotzdem beurkundeten Vorganges keinen Einfluß. Eine thatsächliche Unfähigkeit zur Mitwirkung ergiebt sich aus § 177, Abs. 3, wonach das Protokoll von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden muß. Diese Unterschrift muß, wenn das Gesetz dies auch nicht ausdrücklich sagt, eine eigenhändige — „wenngleich mit Unterstützung und Führung der Hand" — sein. Es können daher als Mitwirkende nur Personen in Frage kommen, die ihren Namen schreiben können. Die Zeugen sollen ein Ersatz sein für den Gerichtsschreiber oder den zweiten Notar; Personen, welche diesen ersetzen sollen, müssen zum mindesten ihren Namen zu schreiben verstehen.[2])

b. Das Protokoll.

Das Protokoll ist gewissermaßen der Kern der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung.[3]) Es ist im eigentlichen Sinne die Form, in der die gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu erfolgen hat. Erst mit der vorgeschriebenen formgerechten Fertigstellung des Protokolls wird das Rechtsgeschäft wirksam.

Der wesentlichste Teil des Protokolls ist die Erklärung der Partei bezw. der Parteien. Ueber die Form der Erklärung

---

[1]) Dorner S. 586 3c.

[2]) Vgl. Motive z. B. G. B. V S. 274.

[3]) Ebenso § 2240 B. G. B.

enthält das B. G. B. selbst ebenso wie über die Art und Weise der Beurkundung überhaupt — ausgenommen die Bestimmungen über Testamente § 2232 ff — keine Vorschriften;[1]) begrifflich erforderlich ist jedoch — anders bei der Beglaubigung — daß der beurkundete Vorgang vom Richter oder Notar als von ihnen wahrgenommen bezeugt wird.[2]) Die Erklärung kann eine mündliche sein, sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß sich der Beteiligte zu dem Inhalte einer von ihm überreichten oder ihm vorgelegten Urkunde bekennt.[3]) Wird in der Erklärung auf eine Schrift Bezug genommen, so gilt sie als Teil des Protokolls, sofern sie als Anlage dem Protokoll beigefügt wird.[4]) Dieser von der Reichstagskommission eingefügte Satz beseitigt die Zweifel, denen der Entwurf in seiner ersten Fassung verfiel. Die letztere gab zu der Auffassung Anlaß, die Erklärung müsse im Protokoll vollständig enthalten sein.[5]) Es genügt hiernach die Bezugnahme und Beifügung der Schrift (ebenso wie bei B. G. B. 2241$_3$.)

Unter „Schrift" ist ein Schriftstück von geringeren Anforderungen zu verstehen, als welche an den Begriff „Urkunde"[6]) geknüpft werden. Ob der Begriff der Schrift in dem hier in Frage kommenden Sinne eine Unterzeichnung seitens desjenigen, der darauf Bezug nimmt, erfordert, ist streitig.[7]) Da die

---

[1]) Vgl. Planck 179. A. 2. — Cosack 186.

[2]) Planck S. 178.

[3]) Denkschr. S. 319.

[4]) § 176 Abs. 2.

[5]) Rausnitz S. 32. Dorner S. 580.

[6]) Vgl. Preuß. Not. Ges. § 22 und Hann. Not. Ord. § 37.

[7]) Gegen das Erfordernis der Unterzeichnung: Motive V S. 272. Schneider § 176 Anm. 6. Anders nach Preuß. und Hann. Not. Ord. (vgl. Weißler, Preuß. Not. Ord. Kap. 32 Nr. 2 und 3. — Dorner S. 581.)

Schrift als ein Teil des Protokolls, also die in ihr enthaltene Willenserklärung als im Protokoll selbst enthaltend anzusehen ist, die Unterzeichnung des letzteren aber wiederum auch die Schrift selbst deckt, so erscheint diejenige Meinung begründet, die von dem Erfordernis der besonderen Unterzeichnung der Schrift absieht. Nach erfolgter Niederschrift der Erklärungen muß das Protokoll der Beteiligten in Gegenwart der Mitwirkenden vorgelesen und nach Genehmigung seitens der Beteiligten von den Beteiligten eigenhändig unterschrieben werden. Im Falle des § 178 ist auch die Genehmigung des Dolmetschers erforderlich, während dieser sonst (§ 177—179), gleich den übrigen Mitwirkenden, nur das Protokoll zu unterzeichnen, eine Genehmigung aber nicht zu erteilen hat. Die Unterschrift hat „eigenhändig" zu erfolgen, wie dies für die Beteiligten ausdrücklich ausgesprochen ist; daß die Unterschrift der mitwirkenden Personen auch eine eigenhändige sein muß, erscheint, obwohl dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, selbstverständlich. Der Gebrauch von Handzeichen ist nicht erwähnt, und dürfte im Gegensatze zu der Schriftform § 126 B. G. B. als ausgeschlossen gelten, da ja für Schreibensunkundige andere Behelfe getroffen sind. (§§ 178, 179.) Auch wer, obzwar schreibenskundig, sich zur Unterzeichnung außer Stande fühlt, mag sich des Behelfs aus § 179 bedienen; es steht aber nichts im Wege, wenn er die Unterschrift mit Unterstützung und Führung der Hand ausführen will.[1]) Es liegt in der Natur der Beurkundung, daß die Unterschrift erst nach Vorlesung und Genehmigung erfolgen muß, eine im Voraus gegebene Blankounterschrift unwirksam ist.

Vorlesung, Genehmigung, eigenhändige Unterzeichnung sind entsprechend den Vorschriften § 2242 B. G. B. unerläßliche

[1]) Dorner S. 586.

Erfordernisse des Protokolls, deren Nichtbeachtung die Beurkundung nichtig macht. Die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Vorlegung des Protokolls „zur Durchsicht" macht die Beurkundung nicht unwirksam. (§ 177.) Die R. T. K. hat den Antrag, in § 177 das Wort „soll" durch „muß" zu ersetzen, abgelehnt, „um die Nichtigkeitsgründe nicht ohne Not zu vermehren". (K. B. S. 66.) Ebenso sind die Vorschriften betreffend die dem Protokoll einzufügenden Vermerke über die Feststellung der Identität der Beteiligten (§ 173,) als Ordnungsvorschriften ohne Bedeutung für die Rechtswirksamkeit.

Unerläßlich ist die Gegenwart der mitwirkenden Personen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung (§ 174). Eine ununterbrochene Anwesenheit auch während der Zwischenräume zwischen diesen drei Akten ist — (anders bei Testamenten und Erbverträgen §§ 2239, 2276) — als über das Bedürfnis hinausgehend, nicht vorgeschrieben.[1]) Die Vorschrift des § 174 hat die Streitfrage veranlaßt, ob unter den mitwirkenden Personen auch der Richter und Notar zu verstehen sei. Es sei kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Richter und Notar von der an sich selbstverständlichen Pflicht zu ununterbrochener Anwesenheit habe dispensieren wollen. Mag nun in dieser Beziehung ein Redaktionsversehen vorliegen, wie Jastrow[2]) annimmt, indem anstatt den „mitwirkenden Personen" von den „bei der Verhandlung zuzuziehenden Personen" hätte geredet sein müssen, — nach dem klaren Wortlaut des § 174 ergiebt sich jedenfalls, daß Nichtigkeit eintritt, wenn Richter oder Notar bei der Vorlesung, Genehmigung, Unterschrift oder einem dieser Akte nicht zugegen ist. Es bleibt der Landesgesetzgebung gemäß § 200 F. G. überlassen, die un-

[1]) Vgl. Preuß. Not. Ges. § 7. — Hann. Not. O. § 25. — Bayr. Not. Ges. Art. 56, 66; sächs. Not. O. §§ 17, 23, 34. — Denkschr. S. 320.

[2]) Vgl. Jastrow i. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 358.

unterbrochene Anwesenheit des Richters und Notars zu erfordern oder durch dienstaufsichtliche Instruktionen darauf hinzuwirken. Allerdings würde auch im ersten Falle die Nichtbeachtung eine Unwirksamkeit der Beurkundung nicht im Gefolge haben. (§ 200 F. G.) Bis zu einer reichsgesetzlichen Ergänzung der diesbezüglichen Bestimmungen ist die beliebige Entfernung des Richters und Notars in der Zeit von der Vorlesung bis zur Genehmigung, von der Genehmigung bis zur Unterzeichnung auf die Rechtswirksamkeit ohne Einfluß. Praktisch bedenkliche Folgen dürften hieraus allerdings kaum entstehen, da sich in der Regel an die Vorlesung die Genehmigung und die Unterschrift unmittelbar anschließt, also zeitliche Zwischenräume nicht zu entstehen pflegen.

Das Erfordernis des Gebrauchs der deutschen Sprache für die Aufnahme des Protokolls ist (§ 175) zwingender Natur. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift macht die Erklärung auch dann nichtig, wenn ein Beteiligter der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein erklärt.[1])

§ 4.

B. Die öffentliche Beglaubigung.*)

Außer der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung, die § 126 B. G. B. ausdrücklich für Handzeichen vorschreibt, be-

---

[1]) Dies erscheint angemessen mit Rücksicht auf § 186 G. V. G. — Mot. V S. 271.

*) **Anwendungsfälle:** §§ 662, 712, 77 (betr. Vereinsrecht), § 371 (öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis an Stelle des zurückzugebenden Schuldscheines), § 403 (betr. Abtretung einer Forderung und Ausstellung öffentl. beglaubigter Urkunde seitens des alten Gläubigers . . .), § 411 (Cession vom Dienstgehalt . . .), § 444 (Auszug betreffend die rechtl. Verhältnisse eines Grundstückes . . .), § 1035 (Verzeichnis von Sachinbegriffen bei Nießbrauch, [Datum, beiderseitige Unterschrift]), § 1154

handelt das B. G. B. in § 129 noch die „öffentliche Beglaubigung". Die materielle Bedeutung der öffentlichen Beglaubigung besteht in einem Falle (§ 1155) darin, daß sie „Vorteile gewährt", in einer Reihe anderer Fälle (§§ 371, 403, 1154, 411, 444, 1035, 1372, 1528, 2120) „kann eine Partei, die Uebergabe oder Errichtung einer Urkunde verlangen darf, sie in dieser Form verlangen".[1]) Diese bezieht sich nicht auf Handzeichen, sondern auf jede Art von Erklärungen, Urkunden, Unterschriften.[2]) Auch ist (§ 129) die Beglaubigung seitens der „zuständigen Behörde, eines zuständigen Beamten oder Notars", erfordert.

Die Bestimmung der zuständigen Behörden und Beamten für die öffentliche Beglaubigung ist Sache der Landesgesetzgebung (§ 191 F. G.); zuständig sind außer den Notaren auch die Amtsgerichte[3]); doch kann durch Landesgesetz die Zu-

---

(Cessionsbeglaubigung bei Hypotheken), § 1155 (Anerkenntnis einer Cession . . .), § 1342 (Erklärung betr. Anfechtung der Ehe, falls der andere Ehegatte verstorben . . .), § 1372 (Aufnahme eines Ehegutesinventars . . .), § 1491 (Verzicht eines Abkömmlings), § 1492 (Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft . . .), § 1528 (Verzeichnis des Ehegutes . . .), § 1560 (Antrag betr. Eintragung ins Güterrechtsregister), § 1577 (Wiederannahme des Mädchennamens seitens einer Geschiedenen), §§ 1597, 1599 (Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach dessen Tode), § 1662 (betr. Verzicht des Vaters auf Nutznießung), § 1706 (Erklärung des Ehemannes der Mutter eines unehelichen Kindes betr. Erteilung seines Namens), § 1945 (Ausschlagung der Erbschaft), § 1955 (Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft).

[1]) Matthiaß Lehrb. I S. 180.

[2]) Planck S. 180.

[3]) Vgl. Preuß. Ges. v. 15. Juli 1890, § 9. — Sächs. Ges. betr. Beglaubigung von Privaturkunden v. 4. Nov. 1890. — Hess. Ausführ. Gesetz zur C. P. O. vom 4. Juni 1879 Art. 1.

ständigkeit der Amtsgerichte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ausgeschlossen werden. (§ 191 F. G.) In allen Fällen zuständig ist hiernach der Notar, hinsichtlich der Zuständigkeit anderer Behörden und Beamten walten hingegen je nach den Landesgesetzgebungen Verschiedenheiten ob.[1])

Ebenso entscheiden über das bei der öffentlichen Beglaubigung zu beobachtende Verfahren die Landesgesetze, während für die gerichtliche und notarielle Beglaubigung, — die in allen Fällen die öffentliche Beglaubigung ersetzt, — § 183 F. G. bestimmend ist, dessen Vorschriften sich an die Bestimmungen des § 8 des Preuß. Ges. v. 15. Juli 1890[2]) anschließen.

Wie bereits oben erwähnt, liegt der wesentliche Unterschied zwischen der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung und der Beglaubigung darin, daß die Beurkundung sich auf den Inhalt der Erklärung und die Unterschrift bezieht, während die Beglaubigung sich lediglich auf die Unterschrift, nicht auch auf den Inhalt erstreckt. Dementsprechend sind die Erfordernisse entsprechend leichtere.

Zunächst ist außer dem Notar und Richter die Zuziehung anderer Personen wie Zeugen und Dolmetscher nicht vorgeschrieben, auch dann nicht, wenn es sich um Unterschrift oder Handzeichen tauber, blinder, stummer oder sonst am Sprechen verhinderter oder der deutschen Sprache nicht mächtiger Personen handelt. Sache des Richters oder Notars ist es, die geeigneten Wege zur Verständigung in solchen Fällen zu finden und nach seinem Ermessen erforderlichenfalls Zeugen oder

[1]) Denkschr. F. G. 321.

[2]) Nach § 2 d. Sächs. Ges. vom 4. Nov. 1890 kann die gerichtl. Beglaubigung von jeder bei einem Amtsgerichte in Pflicht stehenden Person bewirkt werden, sofern die bezügl. Befugnis dem betr. Beamten vom Justizminister verliehen ist.

Dolmetscher zuzuziehen, deren Vereidigung jedoch — im Gegensatze zu § 178 F. G. — nicht erforderlich ist.

Die Unterschrift muß in Gegenwart des Richters oder Notars vollzogen oder anerkannt werden. (§ 183 F. G.) Für die hierbei zu beobachtenden Erfordernisse kommen die bereits oben S. 68 ff. dargelegten Grundsätze zu entsprechender Anwendung.

Ferner muß die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder Notars persönlich vollzogen oder von dem Aussteller persönlich als von ihm gefertigt anerkannt werden. Der Beamte hat demnach die Beglaubigung abzulehnen, wenn ihm das Schriftstück etwa durch Boten, wenngleich mit schriftlicher Unterschriftsanerkennung, übersendet wird; dies auch dann, wenn ihm die Unterschrift des Ausstellers zuverlässig bekannt ist.[1])

Der unter die Unterschrift oder das Handzeichen zu setzende Vermerk ist der eigentliche Kern der Beglaubigung. Der Vermerk muß neben der Bezeichnung der Person des Ausstellers den Ort und Tag der Ausstellung angeben und mit Siegel oder Stempel versehen sein.

Für den Vermerk ist ein besonderer Inhalt nicht vorgeschrieben. Es genügt der einfache Vermerk: „Beglaubigt." Die Angabe, daß die Unterschrift in Gegenwart des Beamten vollzogen oder ihm gegenüber anerkannt sei, wie sie im § 8 des Preuß. Ges. vom 15. Juli 1890 und Art. 1 des hess. Ausf. Ges. zur C. P. O. und K. O. vom 4. Juni 1879 vorgeschrieben ist, wurde von der Reichstagskommission als überflüssig und als ein „dem Verkehr lästiger, schädlicher Formalismus" gestrichen. K. B. S. 73, 74.

Die Nichtbeachtung der oben behandelten Vorschriften macht die Beglaubigung unwirksam.

---

[1]) Dorner S. 599.

Darüber, ob und inwieweit der Richter oder Notar von dem Inhalte der zu unterzeichnenden Urkunde Kenntnis nehmen darf oder soll, enthält das Gesetz keinerlei Bestimmung. Die Vorschriften der Landesgesetze bleiben somit unberührt. (§ 200 F. G.) „Eine solche Kenntnisnahme empfiehlt sich insbesondere, wenn es sich um Beglaubigung von Handzeichen handelt, um auf diese Weise festzustellen, daß der Aussteller des Handzeichens durch dieses gerade den Inhalt der vorgelegten Urkunde bestätigen will; eine derartige Prüfung ist, wie Weißler[1]) treffend bemerkt, die Voraussetzung, unter der allein die in C. P. O. § 416 der Privaturkunde mit gerichtlich oder notariell beglaubigtem Handzeichen — im Gegensatz zu einer Privaturkunde, deren Handzeichen auf andere Weise als echt dargethan wird — zugestandene Beweiskraft Berechtigung hat."[2]) Nicht berührt wird unseres Dafürhaltens dadurch die Frage, ob der Richter oder Notar auch die Beglaubigung verweigern darf, wenn der Aussteller sich seiner Absicht, von dem Inhalte der Erklärung, deren Unterschrift beglaubigt werden soll, Kenntnis zu nehmen, widersetzt. Ein Recht hierzu ist nach Lage der Gesetzgebung dem Richter oder Notar nicht eingeräumt.

Die Vorschriften über die Beurkundung und Beglaubigung durch Geschwaderauditeure, die im Falle der §§ 184, 167 an die Stelle der Amtsgerichte treten, bieten keine Besonderheiten; die Bestimmungen bezüglich der Unterschriftbeglaubigung durch die Reichskonsuln fallen nicht unter das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und gehen über den Rahmen der vorliegenden Darstellung hinaus.

Der Ersatz der öffentlichen Beglaubigung durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, der durch § 129 B. G. B.

---

[1]) Vgl. Weißler, Preuß. Not. Kap. 33 Nr. 7.

[2]) Vgl. Dorner S. 601 d.

nachgelassen ist, rechtfertigt sich in gleicher Weise wie der Ersatz der Schriftform durch die letztere. Denn die gerichtliche oder notarielle Beurkundung begreift die öffentliche Beglaubigung in sich. Umgekehrt ist die letztere nicht im Stande die erstere zu ersetzen.

§ 5.

C. Oeffentliche Urkunde.

Nur in zwei Fällen erwähnt das B. G. B. die „öffentliche Urkunde": § 1718 B. G. B. (Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes) und § 1720 Abs. 2 B. G. B. (Anerkennung eines vor der Ehe geborenen unehelichen Kindes durch den Ehemann der Mutter). Eine Definition des Begriffes der öffentlichen Urkunde giebt das B. G. B. nicht. Dagegen regelt das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 167 2 die Zuständigkeit für die Aufnahme derartiger Urkunden in der Weise, daß neben den Notaren die Amtsgerichte, sowie außerdem auch der Standesbeamte dann zuständig ist, wenn die Anerkennung der Vaterschaft bei der Anzeige der Geburt des Kindes oder bei der Eheschließung der Eltern erfolgt. Die Vorschrift ist die einzige, die reichsgesetzlich die Zuständigkeit für Aufnahme öffentlicher Urkunden regelt. Der Grund hierfür liegt darin, daß nur in den obigen beiden Fällen das B. G. B. von „öffentlicher Urkunde" spricht, und daß die Regelung der sachlichen Zuständigkeit hierfür im Interesse einer gleichmäßigen Durchführung des B. G. B. sich als notwendig erwies. Abgesehen von diesen beiden Fällen finden sich reichsgesetzlich keinerlei Bestimmungen über die Zuständigkeit für sonstige öffentliche Urkunden (so über öffentliche Urkunden gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 N. H. G. B.; § 29 Satz 2, Grundbuchordnung; § 107 Abs. 2 Satz 1 Ges. über die freiw. Gerichtsbarkeit). Außer den Notaren und Amtsgerichten können jedoch landesgesetzlich

auch andere Behörden oder Beamte für zuständig erklärt werden. (§ 191 F. G.) Diese Bestimmung erschien geboten, weil die ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte und Notare vielfach den Landesrechten widerspricht und weil es wohl auch aus sozialen Rücksichten empfehlenswert erschien, die Anerkennung unehelicher Kinder thunlichst zu erleichtern. Ueber die Form der öffentlichen Beurkundung im Sinne der §§ 1718, 1720 finden sich keine Bestimmungen, weder in Bezug auf die Vornahme durch den Richter, Notar, noch Standesbeamten. Für Richter oder Notar ist die Regelung Sache der Landesgesetzgebung; hinsichtlich Beurkundung durch den Standesbeamten war man der Ansicht, daß die Regelung „in dem Personenstandsgesetze zum direkten Ausdruck zu gelangen habe." [1]) Wesentlich ist, daß die Urkunde den Erfordernissen des § 415 C. P. O. genügt. Oeffentliche, gleichviel ob gerichtliche oder notarielle Beglaubigung, genügt nicht, da diese eine Urkunde nicht zu einer öffentlichen macht. Denn das Wesen der öffentlichen Urkunde, zum Unterschiede von einer öffentlich beglaubigten, beruht darin, daß die Beurkundung sich nicht nur auf die Unterschrift, sondern zugleich auf den Inhalt bezieht.

§ 6.

D. Abschluß vor Gericht oder vor einem Notar.*)

Diese Form unterscheidet sich von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wie bereits oben dargelegt, dadurch,

[1]) Kommissionsbericht S. 63.

*) **Anwendungsfälle:**

§ 925 (Auflassung), § 1015 (Bestellung eines Erbbaurechts), § 1434 (Ehevertrag), § 1750, 1770 (Adoption), § 2231 ff. (Testament), § 2267 (Gemeinschaftliches Testament), § 2276 (Erbvertrag), § 2290 (Aufhebung des Erbvertrages), § 1317 (Eheschließung).

daß das Rechtsgeschäft „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile" durch konstitutiven Willensakt des Richters oder Notars zum Abschluß gelangt. Für Abschlüsse unter Abwesenden ist diese Rechtsform schlechterdings ausgeschlossen.[1]) Hinsichtlich der Zuständigkeit gelangt auch hier der von der gerichtlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts handelnde Abs. 1 des § 167 Ges. über d. frw. Gbkt. zur Anwendung. Denn der „Abschluß vor Gericht oder Notar" ist lediglich als eine Unterart der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gedacht. Die Bestimmung § 167 Abs. 1 ist nicht dahin zu verstehen, als ob damit reichsgesetzlich den Amtsgerichten die Zuständigkeit für die auch den Abschluß vor Gericht oder Notar umfassende Beurkundung von Rechtsgeschäften übertragen werden solle. Die Bestimmung will nur besagen, daß, soweit nach Vorschrift anderer Gesetze die Gerichte zur Beurkundung berufen, bezw. die Notare ausgeschlossen sind, die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte eintritt.[2])

Die Zuständigkeit ist somit dieselbe wie bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung überhaupt, während über die Form der Beurkundung ebenfalls die Landesgesetze bestimmen. Abgesehen von dem Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit bei dem „Abschluß vor Gericht oder Notar" bieten die diese Form betreffenden Bestimmungen gegenüber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung reichsgesetzlich keine Verschiedenheiten.

---

[1]) Vgl. Motive I S. 186, 187. Planck Anm. zu § 128 B. G. B. — Nicht hierher gehören die Willenserklärungen, die gegenüber einer Behörde abgegeben werden müssen. Ueber die grundsätzlichen Unterschiede vergl. Matthiaß Lehrb. I S. 167.

[2]) Denkschr. S. 318.

§ 7.
Folgen der Formvernachlässigung.

Sollen die Absichten, die den Gesetzgeber bei Aufstellung der Formvorschriften leiten, in der Praxis ihre Verwirklichung finden, dann müssen die entsprechenden Vorkehrungen dafür getroffen sein, daß die Vorschriften auch befolgt werden.

Es muß ein Zwang oder doch ein Druck ausgeübt werden, der zur Beobachtung der Formen zwingt. Als zweckmäßig hat sich in der bisherigen Rechtsentwicklung erwiesen: Die Androhung von Nachteilen, der Anspruch auf Vorteile, positive Strafen.[1]) Außerdem kennt das moderne Recht die sogenannten Ordnungsvorschriften, auf deren Beachtung die Gesetze hinzuwirken bestrebt sind, ohne an die Nichtbeachtung Rechtsnachteile für die Beteiligten selbst zu knüpfen.[2]) Die strengste Folge besteht in der Androhung des im einzelnen Falle denkbar größten Nachteils, — der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. — Das unter Formvernachlässigung geschlossene formpflichtige Rechtsgeschäft gilt als nie zu Stande gekommen. Keine Partei kann auf Erfüllung oder auf Nachholung der

[1]) Beispiele: a) Formlose Uebergabe bei res mancipi ist unwirksam, — Zinsversprechen ohne Stipulation nicht selbständig klagbar (anders gemeinrechtlich). b) Formelles constitutum giebt die strengere actio de pecunia constituta — Verlobung osculo interveniente (osculum nur bedingt als Form zu betrachten!) sichert der Braut die Geschenke — Verlobung vor Zeugen giebt nach gem. R. ein Recht auf Vollziehung der Trauung (Zwangskopulation). — Die öffentliche Beglaubigung gewährt Vorteile im Falle des § 1155 B. G. B. Vgl. Matthiaß Lehrb. I S. 180. — Enneccerus-Lehmann I S. 162. c) Strafen für Verletzung von Stempelvorschriften: Wechselstempelsteuergesetz vom 10. Juli 1869 § 15. — Reichsstempelgesetz vom 17. April 1894 §§ 3, 19, 26. — Preuß. Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895.

[2]) B. G. B.: § 1316: Der Eheschließung soll ein Aufgebot vorangehen, § 1318. Der Standesbeamte soll zwei Zeugen zuziehen u. s. w.

Form klagen, das bereits Geleistete muß als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgegeben, kann kondiziert[1]) werden (lex perfecta).

Eine minder tiefgreifende Folge liegt in der Androhung von Strafen für Nichtbefolgung der Form (lex minus quam perfecta).

Für das gemeine Recht gilt[2]) die Willenserklärung, wenn die für sie bestimmte Form nicht beobachtet ist, im Zweifel als nichtig. Auf die Formvorschriften neuerer Gesetze ist dies jedoch nicht allgemein anzuwenden, vielmehr entscheidet sich im einzelnen nach der Absicht der bezüglichen Gesetze, welche Folge die Vernachlässigung der Form hat.[3]) So stellt das A. L. R. (I 3 § 40 ff) zwar die Vermutung auf, „daß die Form einer Handlung nur zur mehren Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden", thatsächlich aber ist für die meisten Fälle die Nichtigkeit als Folge der Verabsäumung der Form festgestellt, so vor allem für Verträge (I 5 § 109) und Testamente (I 12 § 139).

Das B. G. B. § 125 hat seinen entschiedenen Standpunkt in dem Satze ausgesprochen: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge." Diese Vorschrift schließt auch für alle späteren Gesetze privatrechtlichen Inhalts die Auslegungsregel in sich, daß eine schlechthin vorgeschriebene

---

[1]) Matthiaß Lehrb. I S. 183. Ein Anspruch auf Vollendung der Form besteht auch dann nicht, „wenn völlige Einigung vorliegt". Ebenda S. 182. — Ueber den Gegensatz zwischen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vgl. Krückmann S. 295. — Ferner Regelsberger I S. 500, Tränkner a. a. O. S. 322.

[2]) Windscheid Bd. I § 72 Anm. 2.

[3]) Dernburg II S. 228 Anm. 9.

Form die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts bedingt.[1]) Auch der Vorvertrag unterliegt der Formvorschrift dann, wenn die Beobachtung der Form Vorbedingung der Wirksamkeit überhaupt ist.[2]) Soll die Form nur „eine bestimmt geartete Wirkung" herbeiführen, dann bedarf der Vorvertrag nicht der Form des Hauptvertrages (Wechselvorvertrag[3]). Die Frage bezüglich der Zustimmung, Bestätigung und Vollmachterteilung zu formellen Geschäften ist durch die positiven Bestimmungen in § 182 Abs. 2, 144 Abs. 2, 1325 Abs. 2, 167 Abs. 2 in verneinendem Sinne erledigt. Das Gleiche gilt für die Erklärung der Ausübung des Wieder- und Vorkaufsrechts §§ 497, 505.

Die Bestimmtheit des B. G. B. ist dem Schwanken des A. L. R. „zwischen Form und Formlosigkeit"[4]) formell jedenfalls vorzuziehen, die Ausdehnung der Nichtigkeit auf alle Fälle der Formvernachlässigung erscheint aber auch materiell gerechtfertigt, weil der Formzwang eben nur für bestimmte Rechts-

[1]) Vergl. Motive S. 181. — Prot. I S. 87 ff. — Denkschr. S. 22. Dazu: einerseits: Sächs. Ges. B. §§ 100, 824. — Bayr. Entw. T. II Art. 17 Abs. 1, Dresdn. Entw. Art. 78. — Schweiz. Oblig. R. Art. 9 Abs. 2, andererseits: Art. R I 3 §§ 40, 41; I 5 §§ 109, 110, Bad. L. R. Satz 6. — Vergl. ferner: Meisner das A. L. R. S. 56 ff. — Leske S. 75 ff.

[2]) Diesen Sinn haben die Formvorschriften § 125 bezügl. 313 B. G. B. und entsprechend § 781. Matthiaß Lehrb. I S. 182. — Stammler Recht der Schuldverhältnisse, S. 13. — Vergl. dazu: Endemann II S. 457 Note 10. — Regelsberger I S. 499 Note 22. — Neumann B. G. B. S. 161 Note 1, 2 über die Ausdehnung bezw. Begrenzung des Formzwanges gemäß § 313. — Rehbein, das B. G. B. S. 159. — Krückmann Institutionen S. 180. — Meisner, das A. L. R. S. 54. — Mayer, Arch. f. civ. Pr. Bd. 87 S. 77 ff.

[3]) Matthiaß a. a. O. S. 182.

[4]) Vergl. Ihering a. a. O. II S. 484. — Vergl. dazu: Leske, vergl. Darstellung des B. G. B. S. 75 ff.

geschäfte um ihres weittragenden Inhalts willen ausnahmsweise statuiert ist.

Daß die Rechtsfolge der Nichtigkeit auch dann eintritt, wenn der Formzwang auf Parteivereinbarung beruht, erscheint folgerichtig. Parteien, die für gesetzlich formfreie Geschäfte den Formzwang bestimmen, werden dabei in der Regel auch von der gleichen Absicht geleitet sein, die das Gesetz zur Aufstellung seiner Formvorschriften bestimmt hat. Den Ausführungen der Motive (I S. 181) dürfte in dieser Beziehung beizupflichten sein. Die bezügliche Bestimmung des § 125 B. G. B. giebt für die rechtsgeschäftliche Formvereinbarung eine Auslegungsregel, die nur im Zweifel Platz greift. Haben die Parteien mündlich mit der Form nur ein Beweismittel für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts schaffen wollen, dann tritt die Auslegungsregel eben nicht in Wirksamkeit.

Die einschlägigen Vorschriften des römischen Rechts (I 17 Cod de fide instr. 4, 21; pr. J. de emt. et vend. 3,23) unterliegen verschiedener Bedeutung. Das Sächsische Gesetzbuch und der Dresdener Entwurf lassen die Form im Zweifel nur zur Erlangung eines Beweismittels verabredet sein, das Preußische A. L. R., das Zürich. Ges. B. und das Schweiz. Ges. über das Obligat. R. stimmen mit dem B. G. B. überein.

Zwar erschien bei den Beratungen eine Gleichbehandlung der rechtsgeschäftlichen Formvorschrift mit einer gesetzlichen nicht gerechtfertigt,[1]) da im ersteren Falle der Parteiwille gegenüber der früheren rechtsgeschäftlichen Bestimmung souverän bleibe; dennoch hielt die Kommission die diesbezügliche Vorschrift auch der rechtsgeschäftlichen Formbestimmung gegenüber für ein praktisches Bedürfniß.

---

[1]) Prot. I S. 88.

Die Vorschrift des § 125 gewinnt jedoch in dieser Beziehung, wie bereits oben bemerkt, den Charakter einer nur im Zweifel Platz greifenden Auslegungsregel.

Es beibt bei rechtsgeschäftlicher Formvereinbarung immer die Prüfung offen, ob bei dem zweiten Rechtsgeschäfte, auf das sich die Formvereinbarung bezog, die Aufhebung des ersten formfestsetzenden Rechtsgeschäftes beabsichtigt war oder nicht.[1]) Die Wirkung eines gesetzlichen Formgebotes ist hiernach eine unbedingte, diejenige eines rechtsgeschäftlichen eine — nur im Zweifel eintretende — von dem Inhalte der Vereinbarung bedingte.

Die gewillkürte Formabrede kann übrigens durch Parteiwillen wieder aufgehoben werden. Einer besonderen Form bedarf diese Aufhebung nicht, sie kann auch durch konkludente Handlungen (z. B. vorbehaltlose beiderseitige Erfüllung)[2]) „beiseite geschoben" werden. Ist aber die Absicht der gewillkürten Formabrede auf das gleiche Ziel gerichtet gewesen wie die gesetzliche Formvorschrift, dann sind die Folgen der Nichtbeachtung auch die gleichen. Dies gilt sowohl bei Verträgen, für die Parteien eine Beurkundung vorbehalten haben (§ 154_2), als auch dann, wenn bei einem giltig errichteten Rechtsgeschäft (Vertrag, Testament u. dgl.) für weitere daran anknüpfende Willenserklärungen Formvorschriften getroffen sind, z. B. für die Kündigung oder Verlängerung des Vertrages.[3])

---

[1]) Vergl. Motive 181 ff. — Prot. I S. 88 ff. — Eck S. 56 ff.

[2]) Vgl. Endemann S. 274, A. 14. — Planck S. 176 A. 2. — Tränkner S. 322. — Ueber die Bedeutung der Punktation vgl. ferner: Haidlen Commentar z. B. G. B. I. Bd. S. 150. — Ueber die Punktation in d. verschiedenen Gesetzgebungen: Pr. A. L. R. I 5 §§ 120—122, I 10 §§ 15—17, Sächs. Ges. B. § 827, Bad. L. R. Satz 1340b, Oesterr. Ges. B. § 885, Zür. Ges. B. § 915, Mot. I S. 182, 163.

[3]) Eck S. 56. — Tränkner S. 322.

Formlose Aenderungen eines formell geschlossenen Geschäftes sind nur dann giltig, wenn der Hauptvertrag nicht gesetzlicher Formvorschrift unterliegt.[1])

Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig, dann ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, es sei denn, daß die Parteien das Rechtsgeschäft auch dann vorgenommen, wenn sie die Unwirksamkeit des einen Teils gekannt hätten.[2]) Bestimmungen, die nicht mit dem übrigen Geschäfts-Inhalt zusammen in die gebotene Form gebracht sind, müssen der Nichtigkeit unterliegen, „können aber den formell giltigen Geschäftsinhalt höchstens aus den Gesichtspunkten des Irrtums, der Simulation oder dgl. beeinflussen."[3])

Uebrigens kann ein Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen des gewollten Rechtsgeschäftes nicht entspricht, unter Umständen als ein anderes aufrecht erhalten, konversiert[4]) werden, dessen Erfordernissen es entspricht, unter der Voraussetzung, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ein Rechtsgeschäft der anderen Art vorgenommen bezw. wohl richtiger: „die Geltung dieses gewollt"[5]) haben würden.

Die Folge der Nichtigkeit tritt nur dort nicht oder in beschränktem Maße ein, wo das Gesetz dies ausdrücklich be-

---

[1]) Matthiaß Lehrb. I S. 182.

[2]) 139, 155 B. G. B. Cosack S. 154/155. — Vgl. auch Litthauer Neues Handelsgesetzbuch S. 368 über Verträge betr. „Grundstücke und andere Gegenstände" im Hinblick auf § 313 B. G. B. — Matthiaß Lehrb. I S. 193 f. — Krückmann Institutionen S. 299.

[3]) Eck S. 56.

[4]) § 140 B. G. B. Vgl. Cosack V S. 154/155.

[5]) Matthiaß a. a. O. I S. 108. Daselbst: Die eingehende geistreiche Charakteristik des Wesens der Konversion. „Die Konversion ist nicht Auslegung . . . sie arbeitet aber mit der Auslegung . . ." „Die Konversion beruht darauf, daß den Parteien an dem Rechtserfolge in seinen

stimmt, wie in § 2235 B. G. B., wonach die Nichtigkeit nur eine relative ist.[1])

Ausgeschlossen ist die Nichtigkeit in allen Fällen, wo die Formbestimmungen nur als Ordnungsvorschriften anzusehen sind, so in § 2237, § 2242 Satz 2, § 2245 Abs. 2 Satz 2, § 2246 B. G. B.[2])

Die gleichen Grundsätze gelten auch bezüglich der das B. G. B. ergänzenden Formbestimmungen des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Grundsätzlich ausgeschlossen ist die Nichtigkeit bei Außerachtlassung landesgesetzlicher Formvorschriften im Rahmen des § 200 F. G.

Relative Nichtigkeit tritt ein im Falle des § 171 Abs. 2; während in allen Fällen, wo es sich um Ordnungsvorschriften handelt, deren Nichtbeachtung für die Rechtswirksamkeit der Erklärung ohne Einfluß bleibt. So bei allen, den Vorschriften über die Errichtung der Testamente entsprechenden, Bestimmungen betreffend die Ausschließung mitwirkender Personen, als: § 173, 176 Abs. 3, § 177 Abs. 1 Satz 3, § 179 Abs. 5, § 180 F. G. Die Vernachlässigung des § 183 Abs. 2 F. G. hat jedoch Nichtigkeit zur Folge, zum Unterschiede von der in gewissem Maße entsprechenden Ordnungsvorschrift § 2246 B. G. B.

§ 8.

Kann der Formmangel geheilt werden?

Nichtige Rechtsgeschäfte können auch nach B. G. B. giltig werden, einmal durch Bestätigung, das andere Mal durch Er-

---

wesentlichen Punkten mehr liegt, als an dem geschäftlichen Wege zu demselben . . ." — Vgl. Krückmann Institutionen S. 299.

[1]) Vgl. Fischer u. Henle Anm. 3 zu § 2235 B. G. B. — Sächs. G. B. § 2076. —

[2]) Vgl. hierzu Tränkner S. 347 ff.

füllung. Dieser Satz gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit durch Nichtbeachtung einer zwingenden Formvorschrift veranlaßt ist.

Die Zulassung einer formlosen Bestätigung bei einem dem gesetzlichen Formzwange unterliegenden Rechtsgeschäfte würde dem Mißbrauch Thür und Thor geöffnet haben; folgerichtig hat das B. G. B. die Bestätigung denselben Erfordernissen unterworfen, denen das Rechtsgeschäft unterliegt, auf welches sie gerichtet ist. Die Bestätigung ist als erneute Vornahme zu beurteilen. (§ 141 B. G. B.) War für das alte Rechtsgeschäft eine Form vorgeschrieben, so muß die neue Vornahme die versäumte Form nachholen. So hat also die Bestätigung keine rückwirkende Kraft.[1]) Nur wenn ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt wird, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an giltig gewesen wäre (§ 141 Abs. 2). Der Inhalt des alten Geschäfts kann hiernach zu Grunde gelegt werden[2]), und in diesem Sinne kann von rückwirkender Kraft in obligatorischer Beziehung gesprochen werden.[3])

War die Form nur durch Rechtsgeschäft vereinbart, dann wird die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts einer Form nicht bedürfen, denn die Parteien können ebenso wie sie die Form gewillkürt haben, auch in formloser Weise, etwa durch Leistung und Annahme, von der Formabrede wieder abgehen.[4]) Es handelt sich dann um eine Auslegungsfrage.[5])

Die Frage, ob Erfüllung den Formenmangel heilen soll, hat das B. G. B. im Gegensatz zu anderen bestehenden

---

[1]) Cosack S. 154.
[2]) Fischer und Henle Abs. 2 Satz zu § 141 B. G. B.
[3]) Cosack S. 154.
[4]) Vergl. Fischer u. Henle Anm. 2. Satz 3 f zu § 141 B. G. B.
[5]) Matthiaß Lehrb. I S. 183.

Gesetzgebungen[1]) im allgemeinen verneinend beantwortet.[2]) Dieser Standpunkt entspricht der Auffassung, die das B. G. B. der Formfrage überhaupt entgegenbringt. Die Begründung der Motive (I S. 183) erscheint durchaus zutreffend, auch die bereits von Ihering bekämpfte Ansicht[3]), daß der Formzwang sich in einem Gegensatz zur Vertragstreue befinde, wirksam widerlegt.[4]) Der in der Erfüllung liegenden formlosen Willenserklärung kommt keine andere Bedeutung zu, als der vorangegangenen, der gesetzlichen Form ermangelnden Willenserklärung. (Motive a. a. O.)

Von der allgemeinen Regel, daß Formmangel durch Erfüllung nicht geheilt werde, hat das B. G. B. nur einige wenige Ausnahmen durch Sonderbestimmungen zugelassen. Die Anzahl dieser Ausnahmen ist allerdings sehr knapp (Eck S. 56: „gewiß zu knapp") bemessen, und es würde sich vielleicht empfohlen haben, diese etwas zahlreicher zu gestalten, denn es ist „auch in manchen anderen Fällen mißlich, die vollendete Thatsache unberücksichtigt zu lassen".

Bezüglich der gesetzlichen Schriftform hat das B. G. B. nur folgende Ausnahme zugelassen: Für die Bürgschafts-

---

[1]) A. L. R. I 5 §§ 146, 147, 156—167, I 11 § 1065, I 14 §§ 243, 411; — Oesterr. Gb. § 1432 — bayr. Entw. T. II Tit. 17 Abs. 2. Art. 906.

[2]) Vergl. Cosack S. 290 ff. — Endemann S. 274 ff. — Matthiaß a. a. O. I S. 183.

[3]) Ihering a. a. O. S. 489 ff.

[4]) Wie sehr diese Auffassung selbst der naiven Sinnesart der Naturvölker entspricht, ergeben die neuen Mitteilungen über Afrikan. Jurisprudenz. Am Ausflusse des Kongo gilt ein Handelsgeschäft erst dann als unwiderruflich abgeschlossen, wenn Käufer und Verkäufer zusammen einen Grashalm und ein Blatt zerrissen haben, selbst dann, wenn beide Parteien ihre Gegenleistung schon gemacht haben (Post, Afrik. Jurisprudenz S. 179), daselbst noch einige ähnliche Beispiele.

erklärung (§ 766), für welche erst die R. T. K. die Schriftform einführte, wurde zugleich bestimmt, daß der Mangel der Form insoweit geheilt wird, als der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. Diese Bestimmung nimmt der Schriftform für die Bürgschaft, die im wirtschaftlichen Leben nicht eben zu den seltenen Rechtsgeschäften gehört, ein erhebliches Teil ihrer verkehrshinderlichen Strenge. Der Gegensatz zwischen der Formfreiheit der Bürgschaft, soweit sie Handelsgeschäft ist (N. G. H. B. § 350) und der Strenge der Schriftform nach B. G. B. wird durch die Heilungsvorschrift im Interesse des Verkehrs gemildert.

Die Bestimmung des § 566 B. G. B., wonach ein auf länger als ein Jahr lautender, ohne Schriftform abgeschlossener Mietsvertrag nicht völlig nichtig, sondern nur in seiner zeitlichen Dauer modifiziert wird, ist im eigentlichen Sinne nicht als vollgiltiger Anwendungsfall für die Zulässigkeit der Heilung durch Erfüllung anzusehen. Dies träfe eher bei der entsprechenden Bestimmung des A. L. R. zu, wo eine ähnliche Wirkung eintritt, falls trotz formlos geschlossenen Vertrages die Wohnung bezogen wird. Von diesem Erfordernis ist im B. G. B aber abgesehen. Nach B. G. B. kann hiernach richtiger nur von einer schwächeren Wirkung, nicht von einer (nachträglichen) Heilung die Rede sein.

Die Schriftform für die Abtretungserklärung bezüglich einer Grundschuld und einer durch Briefhypothek versicherten Forderung wird durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt. (§§ 1154, 1192 B. G. B.)

Den Mangel der vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bei dem Schenkungsversprechen[1]) unter Lebenden wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt.

---

[1]) Vgl. hierzu: Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 216.

(§ 518 B. G. B.)[1]) Das Schenkungsversprechen von Todeswegen (§ 2301), ebenso wie das schenkweise abgegebene Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781) unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, steht unter den Vorschriften des Erbvertrages; ist dagegen die Schenkung durch Leistung vollzogen, so kommen die Grundsätze für eine Schenkung unter Lebenden zur Anwendung, weil thatsächlich in diesem Falle eine Schenkung unter Lebenden vorliegt.[2])

Ein auf Uebertragung eines Grundstückes gerichteter, formlos abgeschlossener Vertrag, der gemäß § 313 B. G. B.[3]) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, wird durch die erfolgte Auflassung und Eintragung seinem vollen Inhalte nach giltig.[4]) Endlich wäre hier noch § 1324 B. G. B. zu erwähnen, wonach die Nichtigkeit einer unter Formverletzung geschlossenen Ehe durch Eintragung ins Heirathsregister in Verbindung mit Zeitablauf und bezw. Tod des einen Ehegatten geheilt wird.

---

[1]) Vgl. hierzu: über die Unterschiede gegenüber dem Sächs. G. B. Tränkner a. a. O. S. 340 ff.

[2]) Matthiaß Lehrb. II S. 360 Note 2. — Krückmann, Institutionen S. 504.

[3]) Vgl. dazu: Meißner das A. L. R. S. 49 ff. —

[4]) Vgl. hierzu: Die Bedenken von Hachenburg in d. Gutachten aus d. Anwaltstande S. 115: „aber wenn der nichtige Vertrag durch nachträgliche Eintragung gegen das sonstige Prinzip voll und ganz giltig wird, was war er dann in der Zwischenzeit? Kommen wir nicht doch wieder auf das von den Motiven verworfene Reuerecht, das wenigstens eine Handhabung für die Rechtsauffassung bot? Liegt ein Vertrag unter der Potestativbedingung: si voluero vor?"

Druck von Trowitzsch & Sohn, Berlin SW.